Ist im öffentlichen Recht Raum für Vertragsstrafen?

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau

Vorgelegt von

WALDEMAR HOLZ

Breslau 1930

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

☆

Berichterstatter: Geh. Rat Prof. Dr. Helfritz

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Druck: Kattowitzer Buchdruckerei und Verlags Sp. Akc.

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

I. Einleitung 5

II. Die Anwendung privatrechtlicher Normen im Verwaltungsrecht . 6

III. Wesen und Anwendungsgebiet der Vertragsstrafe im Privatrecht . 7

IV. Ist im öffentlichen Recht Raum für Vertragsstrafen? 9

1. Grundlagen für die Untersuchung:
Oeffentlich-rechtlicher Vertrag und subjektiv-öffentliche Rechte . 9

2. Die nicht durch Vertrag entstandenen öffentlich-rechtlichen Ansprüche:

A. Des Staates gegen den Untertan 12

B. Die nicht durch Vertrag entstandenen Ansprüche des Untertanen gegen den Staat 18

3. Die durch Vertrag entstandenen öffentlich-rechtlichen Ansprüche

A. Abgrenzung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht 24

B. Die Ueberordnung des Staates bleibt auch bei Rechtsverhältnissen bestehen, die durch öffentlich-rechtlichen Vertrag begründet worden sind 29

C. Die Ueberordnung des Staates in der Gestalt der Verbandsgewalt 30

D. Die durch Vertrag entstandenen Ansprüche des Untertanen gegen den Staat 32

E. Die durch Vertrag entstandenen Ansprüche des Staates gegen den Untertan und solche zwischen Selbstverwaltungskörpern . 32

V. Zusammenfassung und Schluß 38

Literaturverzeichnis 39

I. Einleitung.

Seitdem Rechtswissenschaft und Praxis der Gerichte besonders unter dem Einfluß Otto Mayer sich mit der immer strengeren Abgrenzung von privatem und öffentlichem Recht beschäftigt haben, mußten sie dem öffentlichen Recht, insbesondere dem Verwaltungsrecht eine immer weitgehendere Selbständigkeit zuerkennen. Die junge Verwaltungsrechtswissenschaft stand nun vor der Aufgabe, Rechtsinstitute aus dem Geiste und Wesen der Verwaltung neu auszugestalten. Man hat versucht, allgemeine Grundsätze aufzustellen, die alle im Verwaltungsrecht vorkommenden Möglichkeiten erschöpfen sollten. Das Leben schafft aber immer neue Verhältnisse, deren rechtliche Gestaltung notwendig wird; insbesondere rücken häufig fast vergessene Rechtsinstitute wieder in den Kreis der rechtlichen Betrachtung und es zeigt sich, daß die scheinbar allgemein gültigen Regeln hier versagen.

Deshalb ist man davon abgekommen, das Verwaltungsrecht zunächst einheitlich nach gemeinsamen großen Gesichtspunkten aufzubauen. Man ist vielmehr dazu übergegangen, einzelne Rechtsinstitute zu untersuchen, um aus den Einzeluntersuchungen allmählich allgemein gültige Regeln zu finden.

Ein Rechtsinstitut, das im öffentlichen Recht bisher arg vernachlässigt worden ist, ist die Vertragsstrafe. Und doch kommt sie in verschiedenen verwaltungsrechtlichen Gesetzen vor[1]); verschiedentlich haben sich auch die Verwaltungsgerichte mit ihrer Zulässigkeit oder Unzulässigkeit beschäftigen müssen[2]).

Die Verwaltungsrechtswissenschaft hat hier bisher nicht helfend eingegriffen. Nur wenige Schriftsteller gehen mit kurzen Worten auf die Vertragsstrafen im öffentlichen Recht ein, ohne jedoch eingehendere Untersuchungen über ihr Wesen und ihre Zulässigkeit anzustellen[3]).

Die vorliegende Arbeit will versuchen einen Beitrag zur Klärung der Frage zu liefern, ob das öffentliche Recht und besonders das Verwaltungsrecht für die Vereinbarung von Vertragsstrafen Raum bietet.

[1]) z. B. in § 19 der Seefischereizollordnung v. 11. Januar 1906, in § 10 der Mineralzollordnung vom 15. Februar 1906. Das heutige Sicherungsgeld des § 203 der R. A. O. hieß früher Vertragsstrafe.

[2]) z. B. das Sächsische O. V. G. in Bd. 12 S. 212.

[3]) So: Otto Mayer, VERW. R. Bd. 1 S. 359, 368. Tezner a. a. O. S. 503. Apelt a. a. O. S. 204, 205.

II. Die Anwendung privatrechtlicher Normen im Verwaltungsrecht.

Bei der Untersuchung der im Titel dieser Arbeit gestellten Frage könnte es als das einfachste erscheinen, Begriff und Zulässigkeit der Vertragsstrafe so, wie sie das Privatrecht kennt, in das öffentliche Recht hinüberzunehmen. Dieser Gedanke liegt besonders deshalb nahe, weil die Vertragsstrafe im Privatrecht gewöhnlich in Verbindung mit einem Vertrage vorkommt, das Institut des Vertrages aber im öffentlichen Recht heute ziemlich allgemeine Anerkennung gefunden hat[1]). Dies mag auch der Grund dafür sein, daß sich die Literatur des öffentlichen Rechts mit der Zulässigkeit von Vertragsstrafen bisher so gut wie garnicht beschäftigt hat. Lediglich Apelt geht mit wenigen Worten auf diese Frage ein[2]). Er behandelt sie aber auch nur bei der Untersuchung von Nebenabreden, die dem öffentlich-rechtlichen Vertrage hinzugefügt werden können. Apelt will anscheinend die Vereinbarung einer Vertragsstrafe für den Fall, daß eine mit dem öffentlich-rechtlichen Vertrage übernommene Verpflichtung nicht so, wie es vereinbart worden ist, erfüllt werden sollte, stets und ohne weiteres für zulässig halten. Bei der Untersuchung von Nebenabreden, die dem öffentlich-rechtlichen Vertrage hinzugefügt werden, geht Apelt von den Nebenabreden, die das Privatrecht kennt, aus. Während er aber die Bedingung, Auflage, Befristung, kritisch daraufhin prüft, ob sie im öffentlichen Recht dasselbe sein können, wie im Privatrecht, beschäftigt er sich mit dem Wesen der Vertragsstrafe überhaupt nicht. Offenbar will er sie ohne weitere Prüfung aus dem Privatrecht in das öffentliche Recht hinübernehmen. Für die Frage der Zulässigkeit von Verträgen im öffentlichen Recht hat es aber Apelt selbst abgelehnt und bekämpft, Privatrechtsinstitute einfach im öffentlichen Recht anzuwenden[3]). Folgerichtig ist dieser Grundsatz aber auch bei der Prüfung der Zulässigkeit von Vertragsstrafen einzuhalten.

Otto Mayer[4]) glaubt aus der Verschiedenheit von öffentlichem und privatem Recht den Schluß ziehen zu müssen, daß für Rechtsinstitute, die im Privatrecht vorkommen, im öffentlichen Recht kein Platz sei. Er geht aber damit entschieden zu weit. Richtig ist es, daß die im Privatrecht entwickelten Rechtsinstitute nicht ohne weiteres im öffentlichen Recht zur Anwendung kommen dürfen[5]). Es ist aber nicht zu leugnen, daß es rechtliche Vorgänge gibt, die sowohl im öffentlichen Recht vorkommen[6]). Man kann von einem allgemeinen Teil des Rechts sprechen.

---

[1]) Hierüber wird im späteren Verlauf der Arbeit noch ausführlicher zu sprechen sein.

[2]) a. a. O. S. 205.

[3]) a. a. O. S. 17.

[4]) Verw. R. Bd. 1 S. 117 f.

[5]) so auch R. G. Z. Bd. 110 S. 294.

[6]) vergl. Tezner a. a. O. S. 563.

der also Grundsätze enthält, die den verschiedensten Rechtsdisziplinen gemeinsam sind[7]).

Bei dem Versuch, einen Begriff im öffentlichen Recht neu darzustellen und zu umreißen, der im Privatrecht bereits eine fest ausgebildete Form hat, wird die Versuchung immer groß sein, die Eigenart des öffentlichen Rechts zu übergehen und den Begriff als beiden Rechtsdisziplinen völlig gemeinsam hinzustellen. Das ist jedoch unbedingt zu vermeiden. Nun ist aber nicht zu verkennen, daß es von Wert ist, ein Rechtsinstitut auf einem anderen Rechtsgebiet fertig entwickelt vor sich zu sehen. Das Privatrecht hat nun einmal vor dem öffentlichen Recht voraus, daß es in Jahrhunderten, ja sogar in Jahrtausenden eine großartige Durchdenkung erfahren hat. Deshalb hat auch das Privatrecht als Ausgangspunkt für Untersuchungen auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts gedient, und die Ergebnisse der Privatrechtswissenschaft sind für die Behandlung öffentlich-rechtlicher Fragen von maßgebendem Einflusse gewesen[8]).

Die Vertragsstrafe hat im Privatrecht ihre begriffliche Durchbildung erfahren. Es muß nun versucht werden, diesen im Privatrecht entwickelten Begriff seiner spezifisch-privatrechtlichen Bestandteile zu entkleiden und sodann zu prüfen, ob der verbleibende Restbestand im öffentlichen Recht selbständige, der Eigenart des öffentlichen Rechts angepaßte Gültigkeit beanspruchen kann. Es soll somit nicht Privatrecht angewendet werden, sondern nur auf anderem Gebiete, hier also dem öffentlichen, ein Beleg für das Vorhandensein und die Notwendigkeit (oder auch Nichtnotwendigkeit) des allgemeinen Rechtsgedankens nach der inneren Eigenart und den Erfordernissen des öffentlichen Rechts begrenzt und entwickelt werden[9]).

Wenn also im folgenden Kapitel trotz des vorhergesagten zunächst einmal Begriff und Zulässigkeit von Vertragsstrafen wie sie das Privatrecht kennt, herangezogen werden, so geschieht das nur, um aus dem Gegensatz von privatem und öffentlichem Recht heraus zu untersuchen, ob nach Abzug der Besonderheiten des Privatrechts ein Grundbegriff übrig bleibt, der unter nunmehriger Hinzufügung der Eigenart des öffentlichen Rechts in diesem letzteren Geltung beanspruchen kann. Es soll also zuerst das rein rechtswissenschaftliche Wesen der Vertragsstrafe herausgeschält, sodann aber hauptsächlich die Frage der Notwendigkeit dieses Rechtsbegriffs im öffentlichen Recht untersucht werden.

III. Wesen und Anwendungsgebiet der Vertragsstrafe im Privatrecht.

In dem Worte „Vertragsstrafe" liegen zwei Begriffe, die man zum festen Bestande des Rechtes überhaupt zählen darf: Vertrag und

[7]) Eine erschöpfende Darstellung der gemeinsamen Lehren des öffentlichen und des privaten Rechts hat Friedrichs in seinem Buche: „Der Allgemeine Teil des Rechts" versucht. Er überschätzt aber wohl ihre Bedeutung.

[8]) Das betont auch Buddeberg a. a. O. S. 99.

[9]) Stier-Somlo, a. a. O. S. 74.

Strafe. Die Privatrechtswissenschaft hat, hiervon ausgehend, das Wesen und den Zweck der Vertragsstrafe in erster Linie dahin erklärt, daß sie dem Gläubiger ein schärferes Zwangsmittel gegen den Schuldner zu bieten, insbesondere ihn von einem Handeln gegen seine Verpflichtungen abzuhalten habe. In zweiter Linie soll sie dem Gläubiger die Geltendmachung seiner Schadensersatzforderung erleichtern. Die Vertragsstrafe ist hiernach sowohl Strafe, wie im voraus taxiertes Interesse[1]).

Der Sinn des Wortes „Vertragsstrafe" ist nun nicht eigentlich der, daß die Vertragsstrafe eine dem Vertrage hinzugefügte Strafe ist, sondern vielmehr einen Strafvertrag bildet[2]). Die Vertragsstrafe kann ja nicht nur zur Stärkung eines vertraglichen Anspruches, sondern zur Stützung jedes Schuldverhältnisses, also auch jeder gesetzlich entstandenen Verbindlichkeit dienen. Aus ihrem Wesen als eines in gewissem Umfange selbständigen Vertrages, folgt auch, daß sie sofort bei Begründung der Verbindlichkeit, wie auch jederzeit später vereinbart werden kann[3]). Da aber die Vertragsstrafe zur Festigung einer Verbindlichkeit bestimmt ist, hat sie insofern accessorische Natur und setzt notwendig eine gültige Hauptverbindlichkeit voraus[4]). Die Vertragsstrafe soll den Anspruch auf richtige Leistung verstärken, dem Schuldner soll der drohende Nachteil ein Antrieb zur ordnungsmäßigen Erfüllung sein. Jedem Schuldner droht zwar auch ohne Abmachung bei Nichterfüllung die Pflicht zum Schadensersatz. Wenn dem Gläubiger dieser Druck nicht genügt, dann bedingt er sich eine Vertragsstrafe aus. Diese Zwangsfunktion der Vertragsstrafe ist also im Leben ihr Hauptzweck[5]). Wenn nun auch gesagt wurde, daß die Vertragsstrafe im Privatrecht dem Gläubiger im Falle der Nichterfüllung die Geltendmachung seiner Schadensersatzforderung erleichtern soll, so ist doch andererseits die Vertragsstrafe von der Entstehung eines Schadens ihrer Natur nach unabhängig. Es bleibt also eigentlich nur der Zwangszweck übrig.

Schließlich setzt die Vertragsstrafe ein Verschulden voraus, ausgenommen in den Fällen, wo die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht. Aus diesem Grunde hat die Vertragsstrafe im allgemeinen nicht die Natur eines Garantieversprechens[6]).

Soviel sei hier über die rechtliche Natur der Vertragsstrafe im Privatrecht gesagt. Es sei aber noch einmal betont, daß diese vorweggenommene Betrachtung des im Privatrecht entwickelten Rechtsinstituts nicht dazu dienen soll, nunmehr ihre analoge Anwendung im öffentlichen Recht zu versuchen. Es soll nur untersucht werden, ob ein für öffentliches wie privates Recht gemeinsamer Kern herausgeschält werden kann. Es wird im weiteren Verlauf der Untersuchung ab und zu nötig

[1]) vergl. Endemann, a. a. O. Bd. 1 S. 600.
[2]) So auch Enneccerus Bd. 2 S. 104.
[3]) vergl. Planck zu § 339.
[4]) vergl. Heck u. a. m.
[5]) vergl. auch Loewenwarther a. a. O. zu § 339; Heck a. a. O. S. 151; Mot. zum BGB. zu § 420.
[6]) Planck a. a. O. zu § 339.

sein, Rechtsfolgerungen und Ergebnisse, die das Privatrecht bei der Vertragsstrafe ausgebildet hat, heranzuziehen; dies aber vor allem, das sei hier voraus genommen, um darzutun, daß für die Vertragsstrafe im öffentlichen Recht nicht der Raum vorhanden ist, den ihr das Privatrecht zuweist.

IV. Ist im öffentlichen Recht Raum für Vertragsstrafen?

1. Grundlage für die Untersuchung: Oeffentlich-rechtlicher Vertrag und subjektiv-öffentliche Rechte.

Es wird nun auf der oben angegebenen Grundlage untersucht werden müssen, inwieweit das öffentliche Recht des Instituts der Vertragsstrafe bedarf, ob also die Beteiligten bei öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen vertraglich Zwangsmittel vereinbaren können. Diesen Sinn allein könnte eine Vertragsstrafe auch im öffentlichen Recht nur haben. Es wäre eine überflüssige Arbeit, deren Ergebnis zwar die theoretische Möglichkeit bejahen würde, gleichzeitig aber bekennen müßte, daß eine Notwendigkeit für Vertragsstrafen im öffentlichen Recht nicht besteht. Auf die Notwendigkeit der Vertragsstrafen im öffentlichen Recht kommt es in erster Linie an.

Unser Weg wird nun der sein, zunächst die Grundbedingungen für die Notwendigkeit und Möglichkeit von Vertragsstrafen im öffentlichen Recht zu prüfen.

Es hat sich gezeigt, daß aus dem Worte „Vertragsstrafe" sich sofort ergibt, daß es sich, ganz allgemein gesagt, hierbei um eine vertragliche Abmachung handelt. Nachdem vor nicht allzu langer Zeit noch ein heftiger Streit darüber bestand, ob im Verwaltungsrecht für den Vertrag überhaupt Raum sei, wird wohl heute die Möglichkeit und Notwendigkeit von Verträgen auch hier von Wissenschaft und Praxis nahezu allgemein anerkannt[1]). Man verkennt heute kaum noch, daß der Vertrag eine allgemeine Form rechtlich wirksamen Handelns ist, die sich nicht auf einen einzelnen Zweig des Rechtes beschränken läßt[2]). Wenn nun auch über die Möglichkeit und das tatsächliche Vorkommen von öffentlich-rechtlichen Verträgen ziemliche Einmütigkeit herrscht, so ist der Streit darüber, welchen Raum man im öffentlichen Recht dem Vertrage einräumen soll, heute noch fast genau so groß wie zuvor. Die verschiedenen Autoren gehen hierbei von den verschiedensten Gesichtspunkten aus.

Allgemeine Anerkennung findet nämlich der öffentlich-rechtliche Vertrag nur da, wo er zwischen zwei Trägern öffentlicher Gewalt geschlossen wird. Streitig ist jedoch, ob zwischen dem Staat und dem Untertan öffentlich-rechtliche Verträge möglich sind.

Nur ganz engen Raum will Otto Mayer dem verwaltungs-rechtlichen Vertrage gewähren[3]). Er schaltet ihn wohl nahezu aus. Während Kormann ihn schon etwas häufiger anerkennen will, ihn aber

[1]) vergl. RGZ. Bd. 65 S. 1 ff; Buddeberg a. a. O. S. 89.
[2]) so auch Fleischmann bei Gruchot Bd. 61 S. 713.
[3]) a. a. O. Verw. R. Bd. 2 S. 289.

doch als etwas dem Verwaltungsrecht im Grunde genommen Fremdes hinstellt[4]), erkennt ihn grundsätzlich an besonders Fleiner, der auf das Bedürfnis für den Vertrag im öffentlichen Recht hinweist und ihm eine selbständige Bedeutung zuweisen will[5]). Fleiner will zwar den Vertrag auch zwischen Staat und Untertan anerkennen, meint aber weiter, daß die Behörde nur da zum Vertrage greifen dürfe, wo Gesetz oder Gewohnheitsrecht die Vertragsform zugelassen und dadurch auf die einseitige Regelung eines Rechtsverhältnisses verzichtet habe[6]).

Weitgehende Anwendbarkeit räumt dagegen Apelt dem öffentlich-rechtlichen Vertrage ein. Nicht nur da, wo der Vertrag durch besonderen Rechtssatz zugelassen und geboten sei, sei der öffentlich-rechtliche Vertrag möglich; sondern bei allen denjenigen Aufgaben, deren Lösung der Verwaltung selbst beim Schweigen des Gesetzes überlassen sei[7]). Die Grenze für die Möglichkeit öffentlich-rechtlicher Verträge ist nach Apelt also dann da, wenn der Wunsch der Interessenten nach selbständiger Ordnung eines Lebensverhältnisses auf die von der geltenden Rechtsordnung erkannte Notwendigkeit stößt, im Interesse der Allgemeinheit den vorhandenen Tatbestand durch einen Willensakt der öffentlichen Gewalt in ein Rechtsverhältnis umzuwandeln. Deshalb werden die Parteien eine Regelung vertraglich nur da treffen können, wo nicht die Möglichkeit besteht, einseitig durch hoheitliche Gewalt zu verfügen[8]). In demselben Umfang will Buddeberg[9]) dem öffentlich-rechtlichen Vertrage diesen durchaus berechtigten und notwendigen Platz einräumen.

Für die weitgehendste Zulässigkeit von Verträgen im öffentlichen Recht haben sich auch Georg Jellinek, Laband, Layer und andere eingesetzt[10]). Und in der Tat haben die Gesetze selbst den öffentlich-rechtlichen Vertrag auf den verschiedensten Gebieten als das Mittel zur Begründung von Rechtsverhältnissen anerkannt und die höchsten Gerichte seine Notwendigkeit zugegeben[11]).

Es wird im Laufe der weiteren Erörterungen noch nötig werden, sich mit manchen Problemen auf diesem grundlegenden Gebiet auseinander zu setzen. Hier ist jedenfalls als Grundlage für weitere Untersuchungen dargetan, daß der öffentlich-rechtliche Vertrag einerseits notwendig ist, andererseits auch tatsächlich häufig vorkommt. Und zwar ist dem von Apelt eingenommenen Standpunkt zu folgen, daß öffentlich-rechtliche Verträge zwar da ausgeschlossen sind, wo das Gesetz die Regelung von Verhältnissen durch einseitigen Verwaltungsakt vorsieht, daß aber überall da, wo das Gesetz nichts bestimmtes sagt, zwar

[4]) a. a. O. S. 29 ff.
[5]) Institut. S. 209 ff.
[6]) Institut. S. 211/12.
[7]) a. a. O. S. 6/7.
[8]) Apelt a. a. O. S. 160 ff.
[9]) a. a. O. S. 95.
[10]) Laband, a. a. O. Bd. 1 S. 69, Bd. 2 S. 118, Bd. 1 S. 449 G. Jellinek, a. a. O. S. 208 ff. Layer a. a. O. S. 16.
[11]) so das RG. Preuß. OVG. und Sächs. OVG.

wohl auch grundsätzlich die Regelung durch einseitige Verfügung, aber auch durch Vertrag erfolgen kann.

Wenn wir nun den Vertrag im öffentlichen Recht anerkennen, so müssen wir nunmehr die weiteren Voraussetzungen für die Beantwortung unserer Frage prüfen.

Wir haben oben festgestellt, daß die Vertragsstrafe eine durch Vertrag für den Fall vorgesehene Strafe ist, daß der zu einer Leistung Verpflichtete sie dem Berechtigten gegenüber nicht oder mangelhaft erfüllt.

Im Privatrecht, haben wir gesehen, kann die Vertragsstrafe als Druck- und Zwangsmittel bei allen Ansprüchen, seien sie durch Vertrag oder sonstwie entstanden, dienen. Während aber im Privatrecht Ansprüche in den meisten Fällen durch Vertrag entstehen, ist das im öffentlichen Recht anders. Hier entstehen Ansprüche hauptsächlich durch einseitigen Verwaltungsakt, oder aber es können öffentlich-rechtliche Ansprüche und Pflichten unmittelbar auf Grund von Gesetzen entstehen[12]). Es braucht dann im letzteren Falle zwischen den einzelnen und das Gesetz nicht erst noch die Verwaltungsbehörde zu treten, um festzustellen, was der Einzelne dem Gesetze gemäß zu fordern hat oder was er schuldet[13]). Heute werden die subjektiv-öffentlichen Rechte allgemein anerkannt. Und zwar kann heute als herrschende Meinung die angeführt werden, die subjektiv-öffentliche Rechte für jedes Rechtssubjekt, also Menschen, juristische Personen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts, einschließlich des Staates, zuläßt[14]).

Früher wurde die Möglichkeit subjektiv-öffentlicher Rechte sowohl auf seiten des Einzelnen, wie auf seiten des Staates geleugnet. Da aber heute die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung Selbstverständlichkeit geworden ist, muß zunächst das subjektiv-öffentliche Recht des Einzelnen gegen den Staat anerkannt werden. Da weiter die Rechtsordnung eine Schranke für die Ausübung der Staatsgewalt auch gegenüber dem Einzelnen bildet, indem sie den Staat auf die Inanspruchnahme seiner Gewalt innerhalb der ihm vom Gesetz gezogenen Grenzen beschränkt, ermöglicht sie dadurch auch subjektive Rechte des Staates[15]). Es steht also fest, daß im öffentlichen Recht Ansprüche bestehen, denen Verpflichtungen auf der anderen Seite entsprechen. Es wird zu prüfen sein, ob diesen Ansprüchen Vertragsstrafen hinzugefügt werden können, die also in dem allgemein entwickelten Zweck gipfeln müßten, erstens den Verpflichteten zur Leistung zu drängen, zweitens dem Gläubiger ein besonderes Zwangs- und Druckmittel in die Hand zu geben.

---

[12]) Von vielen sei hier Fleiner: Institut. S. 182 angeführt.

[13]) vergl. Fleiner: Institut. S. 180.

[14]) Zusammenfassend dargestellt bei W. Jellinek. Verw. R. S. 192.

[15]) so auch Herrnritt a. a. O. S. 72.

2. Die nicht durch Vertrag entstandenen öffentlich-rechtlichen Ansprüche:

A. Des Staates gegen den Untertan.

Wir betrachten daraufhin zunächst die Fälle, in denen dem Untertan öffentlich-rechtliche Verpflichtungen gegenüber dem Staate obliegen.

Wir haben festgestellt, daß im allgemeinen der Staat auf dem Gebiet der Verwaltung dem Untertan befehlend, also als Hoheitsperson einseitig verfügend gegenübertritt. Solch ein obrigkeitlicher Befehl, mag er nun auf das Gesetz unmittelbar oder auf eine kraft Gesetzes erlassene Verfügung zurückgehen, legt dem Untertan eine öffentliche Pflicht zu einer Handlung oder Unterlassung auf[1]).

Unsere Frage muß nun lauten: Können Staat und Untertan hier zur Verstärkung der Verpflichtung des Untertanen eine Vertragsstrafe vereinbaren, also vertraglich den durch einseitig obrigkeitlichen Befehl entstandenen Anspruch des Staates festigen, dem verpflichteten Untertan vertraglich einen besonderen Zwang aufzuerlegen? Anders gefaßt: Hat es der Staat nötig, mit dem Untertan Zwangsmittel vertraglich zu vereinbaren und ferner, besteht die Möglichkeit diese Dinge vertraglich zu regeln?

Die Möglichkeit von Verträgen im öffentlichen Recht ist abhängig von ihrer Notwendigkeit, wie wir oben festgestellt haben. Denn im öffentlichen Recht können die Parteien vertraglich nur dort eine Regelung treffen, wo nicht die Möglichkeit für die Verwaltung besteht, einseitig durch hoheitliche Gewalt zu verfügen[2]). Dieser Satz, der schon bei der Frage nach der Zulässigkeit von Verträgen im öffentlichen Recht überhaupt allein zu ihrer Bejahung geführt hat, wird auch bei der Frage der Möglichkeit von Vertragsstrafen ständig beachtet werden müssen.

Hier ist deshalb zu untersuchen, ob die Gesetze etwa die Vertragsstrafe auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts behandeln und ihre Zulässigkeit damit wenigstens im Einzelfalle bejahen.

Es findet sich in der Reichsabgabenordnung § 203 die Bezeichnung Sicherungsgeld, die früher mit „Vertragsstrafe" bezeichnet wurde. Diese Vertragsstrafe war früher so wie heute keine Vertragsstrafe in unserem Sinne. Es kommt hier überhaupt kein Vertragsverhältnis in Frage. Es handelt sich hier um ein einseitig durch den Staat festzusetzendes Zwangsmittel[3]). Das ganze Abgabenrecht ist mit allen seinen Folgeerscheinungen zwingend geregelt und dem Vertrage fast ausnahmslos entzogen. Wird hier eine Vertragsstrafe festgesetzt, so erfolgt die entsprechende Verpflichtung durch die Unterwerfung unter

[1]) vergl. Fleiner: Institut. S. 214.
[2]) s. ob. und Apelt a. a. O. S. 160.
[3]) vergl. Becker, RAO. zu § 203.

Ausfluß der Finanzgewalt[4]). Die Bezeichnung als Vertragsstrafe ist hier also völlig irreführend und unzutreffend.

Eine Vertragsstrafe ist ferner in der Mineralölzollordnung vom 15. 2. 1906 genannt. Aber auch hier hat die Bezeichnung nichts mit einer wirklichen Vertragsstrafe zu tun. Von einem Vertrage ist nicht die Rede. Diese Vertragsstrafe wird vielmehr nach § 10 dieser Verordnung festgesetzt, so daß es sich auch hier um einen einseitigen Verwaltungsakt handelt. Diese Art von Vertragsstrafen findet sich auf dem Gebiete der Zollvergünstigungen noch ab und zu. So z. B. auch in § 19 der Seefischereizollordnung, wo sie festzusetzen ist, wenn gegen eine übernommene Verpflichtung zuwider gehandelt worden ist. In diesen Fällen wird die gesetzliche Grundlage zur Strafsetzung durch die Einwilligung des Betroffenen, seine Unterwerfung unter die Strafdrohung ersetzt. Aber durch Vertrag ist die Strafe nicht vereinbart[5])[6]).

Auch die Auflage des Verwaltungsrechts hat nichts mit Vertragsstrafen zu tun, obwohl sie in der Praxis manchmal so bezeichnet wird. Die Auflage ist vielmehr eine selbständige, mit dem in der Verfügung verkörperten Rechtsgeschäft äußerlich verbundene Anordnung, also ihrerseits wieder ein einen Anspruch des Staates begründender einseitiger Verwaltungsakt[7]). Daran wird auch dadurch nichts geändert, daß die Auflage häufig zu ihrer Gültigkeit der Zustimmung des Betroffenen bedarf[8]). Dies findet sich häufig bei den sogenannten Baubedingungen, die ja in Wahrheit Auflagen sind. Immerhin hat die Auflage insofern etwas mit der Vertragsstrafe gemeinsam, als auch sie zur Festigung und Sicherung von Hauptverpflichtungen dient. Aber sie ist eben keine vertraglich bestimmte Nebenverpflichtung, sondern eine durch Verwaltungsakt auferlegte.

An dieser Natur der Auflage ändert der vorhin schon erwähnte Umstand, daß sie zu ihrer Gültigkeit häufig der Zustimmung des Betroffenen bedarf, nichts. Denn wenn auch der Staat auf dem Gebiete der Verwaltung dem Untertan gegenüber grundsätzlich einseitig verfügend auftritt, so kann er das doch nur innerhalb des gesetzlichen Rahmens. Ohne gesetzliche Ermächtigung kann der Verwaltungsakt dem Untertan nicht einseitig Verpflichtungen auferlegen. Ohne solche gesetzliche Ermächtigung kann der Staat einseitig verfügend auch dann keine Verpflichtungen begründen, wenn dieser hierzu seine Zustimmung gibt.

---

[4]) vergl. Reusch a. a. O. S. 49.
Das Sicherungsgeld hat allerdings eine gewisse Aehnlichkeit mit dem Institut der Vertragsstrafe. Es wird durch die Zuwiderhandlung verwirkt, und zwar auch nur bei Verschulden. In § 77 wird das Sicherungsgeld als Ungehorsamsfolge bezeichnet, es ist aber keine Kriminalstrafe, diese wird ja besonders behandelt im dritten Teil des Gesetzes.

[5]) vergl. Otto Mayer, Verw. R. Bd. 1 S. 359.

[6]) Diese Verordnungen sind abgedruckt bei Grotefend 1906 S. 350 bezw. 292.

[7]) so auch Kormann a. a. O. S. 138 u. Fleiner Institut. S. 187.

[8]) Kormann a. a. O. S. 157.

Auf diesem Gebiete kennen wir Fälle, in denen es bestritten ist, ob die Verpflichtungen durch Vertrag zwischen Staat und Untertan oder durch einseitige hoheitliche Verwaltungsakte mit Zustimmung des Untertans zustande kommen. Das bekannteste Beispiel hierfür ist das Beamtenverhältnis. Otto Mayer hat hierfür den Begriff „Verwaltungsakt auf Unterwerfung" geprägt[9]). Nach der herrschenden Meinung, die sich Otto Mayer angeschlossen hat, ist auch hier für den Verwaltungsakt immer Voraussetzung die gesetzliche Grundlage, nur daß der im übrigen einseitige Verwaltungsakt von der Einwilligung des Betroffenen abhängig ist.

Im allgemeinen aber ist die Zustimmung des Untertanen zu Verwaltungsverfügungen nicht erforderlich. In der Praxis zwar will es manchmal so scheinen, als sei eine Verpflichtung des Untertanen durch Vertrag zustandegekommen, wo in Wirklichkeit die Entstehung der Verpflichtung von dem Willen des Betroffenen vollkommen unabhängig ist und durch den einseitigen Verwaltungsakt einzig und allein entstanden ist. Sogar die Bezeichnung Vertragsstrafe wird hier manchmal gewählt. So hat z. B. ein Landrat bei der Genehmigung zum Verkauf eines landwirtschaftlichen Grundstückes die gemäß der Bekanntmachung über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken vom 15. 3. 1918 nötig ist, diese Genehmigung davon abhängig gemacht, daß der Käufer sich verpflichtete, im Falle der Verletzung einer der Genehmigung hinzugefügten Auflage eine Konventionalstrafe von 20 000 RM zu zahlen. Als Vertragsstrafe konnte diese Bestimmung keinen Sinn haben. Offenbar hatte der Landrat hierbei die im § 7 der angeführten Bekanntmachung enthaltene Strafvorschrift im Auge, wonach die Nichterfüllung einer der Genehmigung hinzugefügten Auflage Bestrafung mit Gefängnis oder Geldstrafe bis zu 50 000 RM nach sich zieht.

In einem anderen Falle, mit dem sich das Sächsische Oberverwaltungsgericht[10]) beschäftigt hat, hatte sich der Inhaber einer Badeanstalt zur Zahlung einer Vertragsstrafe verpflichtet für den Fall, daß er die ihm obliegenden Verpflichtungen (Reinigung des Wassers, Sorge für sittliches Verhalten der Badegäste usw.) nicht erfüllte. Diese Vertragsstrafe wurde für unzulässig erklärt mit der Begründung, daß die Polizei die Zwangsmittel zur Erfüllung der Verpflichtungen des Inhabers der Badeanstalt in der Hand habe, insbesondere auch durch Verhängung von Geldstrafen ihn dazu anhalten könne.

Diese beiden Beispiele zeigen bei näherer Betrachtung, warum für eine Vertragsstrafe in Fällen, wo die Behörde einseitig verfügend Verpflichtungen des Untertanen begründet, kein Raum ist.

---

[9]) im Arch. f. öff. R. Bd. 31 S. 52, 190 ff. Wir werden weiter unten noch hierauf zurückkommen müssen. Vieles spricht auch für einen öffentlich-rechtlichen Vertrag. Für die Entscheidung unserer Frage bleibt es, wie wir später sehen werden, gleichgültig, ob wir Vertrag oder Verwaltungsakt auf Unterwerfung annehmen.

[10]) Bd. 12 S. 218 in seinen Jahrbüchern.

Das liegt an dem Grundsatz, daß die Verwaltung da, wo sie einseitig verfügend Verpflichtungen begründet, auch einseitig verfügend für die Erfüllung dieser Verpflichtungen sorgen kann und auch zu sorgen hat[11]). Die Verwaltungsbehörden können ihren Verwaltungsanordnungen durch eigene Vollstreckungsmaßregeln Verwirklichung verschaffen, der Verwaltungsakt ist selbst ordentlicher Vollstreckungstitel[12]). Dieses Verwaltungszwangsrecht steht also in Ausübung der Staatsgewalt grundsätzlich allen Behörden zu, die ein Anordnungsrecht haben[13]).

Besondere Durchbildung hat das Institut des Verwaltungszwanges auf dem Gebiete der Polizei gefunden. Die Polizei ist ja dazu berufen, auf den meisten Gebieten dafür zu sorgen, daß die dem Untertan, dem Staate gegenüber obliegenden Pflichten erfüllt werden. Das Institut des Verwaltungszwanges findet sich aber auf allen Gebieten behördlicher Tätigkeit, um die Amtsgewalt mit dem nötigen Nachdruck auszustatten. Dem, was auf dem Gebiete der Polizei am besten ausgebildet ist, kommt insofern allgemeine Bedeutung zu[14]). Von ähnlicher Wichtigkeit wie auf dem Gebiete der Polizei ist das Zwangsrecht insbesondere auf dem Gebiete des Finanzrechts.

Wenn wir von der Erwägung ausgegangen sind, daß da kein Raum für vertragliche Abmachungen im öffentlichen Recht ist, wo die Verwaltung einseitig verfügen kann, so wird zu prüfen sein, ob die Zwangsbefugnisse des Staates tatsächlich dieselbe oder eine ähnliche Funktion erfüllen, wie sie in der Vertragsstrafe liegt. Wenn wir das bejahen, so müssen wir die Zulässigkeit von Vertragsstrafen auf dem in diesem Abschnitt behandelten Gebiete verneinen.

In der Literatur wird, wenn von den Zwangsmitteln die Rede ist, meistens davon ausgegangen, daß diese im öffentlichen Recht dieselbe Stellung einnehmen, wie im Privatrecht die Zwangsvollstreckung[15]). Es wird hierbei allerdings häufig nur an die Fälle der Zwangsstrafe, Zwangshaft und Ersatzvornahme gedacht. Uns interessiert hierunter besonders die Zwangsstrafe nach dem Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni 1931 (Gesetzs. S. 72) § 55 ff als Zwangsgeld bezeichnet.

Wenn nun diese Zwangsstrafe, die die Verwaltung zur Anwendung bringen kann, dasselbe sein soll, wie im Privatrecht die Zwangs-

---

[11]) s. bes. Krukenberg a. a. O. S. 21: „Es bildet einen Grundsatz des deutschen Landesstaatsrechts, insbesondere des Preuß. Rechts, daß die Befugnis, obrigkeitliche Anordnungen zu erlassen, das Recht einschließt, sie — nötigenfalls unter Anwendung von Zwang — in Vollzug zu setzen.

[12]) vergl. W. Jellinek, Verw. R. S. 321.

[13]) so auch Buch in Arch. öff. R. Bd. 31 S. 399.

[14]) so auch Otto Mayer, Verw. R. Bd. 1 S. 273.

[15]) so z. B. W. Jellinek, Verw. R. S. 321 ff.; Otto Mayer, Verw. R. Bd. 1 S. 271. Krukenberg a. a. O. S. 28 ff. Letzterer nennt alles zusammen Vollstreckung und unterscheidet nur zwischen indirekten (Zwangsstrafen und Zwangshaft) und direkten (Ersatzvornahme und Gewaltanwendung) Herstellungsmitteln.

vollstreckung, so wäre der Einwand naheliegend, daß im Privatrecht, obwohl es dort auch Zwangsvollstreckung gibt, doch trotzdem für die Vertragsstrafe als zusätzliches vertragliches Druckmittel Raum sei. Könnte also nicht trotz der Möglichkeit der zwangsweisen Durchsetzung ihrer Ansprüche für die Verwaltung die Möglichkeit gegeben sein, als vertragliches Zwangs- und Druckmittel mit dem verpflichteten Untertan eine Vertragsstrafe zu vereinbaren für den Fall, daß er seinen Verpflichtungen nicht gehörig nachkommt.

Gegenüber dem Privatrecht springt hier im Verwaltungsrecht ein Moment sofort ins Auge. Die Polizeibehörde (oder auch eine sonstige Behörde), die ihren Anspruch durchsetzen will, ist nicht in derselben Lage wie im Privatrecht die Partei. Die Behörde braucht weder das Gericht noch die Vollstreckungsbeamten um Hilfe anzugehen. Die Behörde ist vielmehr zunächst in einer Person zugleich die Partei, die den Anspruch hat, wie das Gericht, das den vollstreckbaren Titel schafft. Schließlich ist sie auch selbst Vollstreckerin dieses Titels. Der Verwaltungsakt, der den Anspruch des Staates und die Verpflichtung des Untertanen schafft, ist also zugleich ordentlicher Vollstreckungstitel[16]).

Da nun, um mit Otto Mayer zu sprechen[17]), die Behörde zugleich Partei und Gericht ist, andererseits aber Partei nur in dem Sinne, daß sie dem Untertan gegenüber zum Empfang der Leistung berechtigt ist (hier also nicht etwa Vertragspartei) ergibt sich für die rechtliche Natur der Zwangsstrafe etwas von der Zwangsvollstreckung im Privatrecht wesentlich verschiedenes. Die Partei des Privatrechts ist ja auf die Anrufung der Gerichte angewiesen und hat keinen bestimmenden Einfluß auf die Art und Weise der Vollstreckungsanordnung; insbesondere kann sie nicht Geldstrafen festsetzen, die dem Schuldner als Zwangsmittel auferlegt werden. Die Verwaltungsbehörde hingegen kann von sich aus als zum Empfang von Leistungen berechtigte für den Fall der Nicht- oder Schlechterfüllung gleichzeitig Zwangsstrafen androhen.

Ihrer Natur nach ist die Zwangsstrafe des Verwaltungsrechts nicht kriminelle Strafe, sondern eben ein reines Zwangsmittel. Sie hat nicht die repressive Natur der Deliktsstrafe, sondern soll präventiv wirken. Sie wird angedroht, um keinen Ungehorsam aufkommen zu lassen[18]); sie ist also dazu bestimmt, einen Druck auf den Untertan auszuüben, die Erfüllung seiner Pflichten herbeizuführen. Otto Mayer nennt diesen Zweck — also als Druckmittel zu dienen — den bestimmenden Gedanken bei dem ganzen Rechtsinstitut. Hier ist also eine starke Aehnlichkeit mit der wichtigsten Seite der Vertragsstrafe erkennbar; auch diese ist wie wir festgestellt haben, in erster Linie dazu bestimmt, als Druck- und Zwangsmittel für die Erfüllung der Verbindlichkeit zu dienen. Noch deutlicher wird diese Aehnlichkeit, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die Zwangsstrafe nicht nur den Zweck hat, im Falle des schon erfolgten Ungehorsams auf späteren Gehorsam hin-

[16]) so auch W. Jellinek Verw. R. S. 321.
[17]) Verw. R. Bd. 1 S. 272.
[18]) vergl. hierzu Krukenberg a. a. O. S. 31.

zuwirken, sondern immer schon vorher angedroht ist; angedroht ist sie ja schon, wenn die Pflicht zwar bereits besteht, ihre Erfüllung aber noch hinaussteht. Sie schwebt also von vornherein als ein in Aussicht gestellter Nachteil über dem verpflichteten Untertan. Somit ist auch bei der Zwangsstrafe das Entscheidende, daß ihre Inaussichtstellung dem Verpflichteten ein Ansporn zur Erfüllung sein soll.

Wenn wir oben gesagt haben, daß die Behörde die Macht zur einseitigen Durchsetzung ihrer Ansprüche hat, so war damit eigentlich in erster Linie nicht das soeben behandelte Institut der Zwangsstrafe gemeint, sondern es war zunächst an das Recht der Selbsthilfe gedacht. Die Behörde ist, vermöge ihrer Amtsgewalt ein für allemal ermächtigt, den rechtlich geforderten Zustand mit unmittelbarem Zwange herzustellen[19]). Eine andere Frage ist es freilich, ob es immer zweckmäßig für die Behörde sein wird, auf diese Weise vorzugehen. Häufig wird die Zwangsstrafe das genehmere Mittel sein, zum Ziele zu kommen.

Wir haben jedenfalls festgestellt, daß die Behörden in der Lage sind, durch einseitigen Verwaltungsakt dem verpflichteten Untertan eine Strafe für den Fall der ungehörigen Erfüllung anzudrohen; eine Mitwirkung des Untertanen bei der Bestimmung dieser Strafe kommt selbstverständlich nicht in Frage.

Es würde zu weit führen, die ganze Lehre vom Verwaltungszwange hier zu erörtern. Es ist dargelegt worden, daß die Behörde in Fällen, wo sie einseitig verfügend eine Verpflichtung des Untertanen begründet hat, auch eine Fülle von Machtmitteln in der Hand hat, auf die Erfüllung dieser Verpflichtungen hinzuwirken. Und zwar hat sie die Macht, diese Mittel auch gegen den Willen des Betreffenden in Bewegung zu setzen. Auch hat sie es nicht nötig, wie etwa der Untertan, der einen vollstreckbaren Titel in Händen hat, zur Verwirklichung des Anspruchs fremde Hilfe in Anspruch zu nehmen.

Kurz sei hier noch auf einen Umstand eingegangen, der zeigt, daß die Zwangsstrafe des Verwaltungsrechts nicht der Zwangsvollstreckung des Zivilrechts entspricht.

Der Verwaltungsbehörde steht häufig noch ein anderer Weg zur Erzwingung der Pflichten des Untertanen zur Verfügung; sie kann häufig kriminelle Strafen wegen Nichtbefolgung ihrer Anordnungen verhängen. Die kriminellen Strafen unterscheiden sich von den durch Verfügung angedrohten und festgesetzten Zwangsstrafen in erster Linie durch ihre rechtssatzmäßige Androhung, ferner dadurch, daß sie in die Vergangenheit blicken, also nicht in erster Linie auf Erfüllung hinwirken wollen, sondern die Nichtbefolgung eines Befehles sühnen wollen[20]). Trotz dieser repressiven Natur ist nicht zu leugnen, daß schon die Strafdrohung einen psychologischen Zwang schafft, der wiederum ähnlich ist sowohl dem durch die Androhung der Zwangsstrafe wie dem der Vertragsstrafe im Privatrecht. Wenn auch zugegeben und immer wieder betont werden muß, daß die kriminelle Strafe auf dem Gebiete der Verwaltung eine andere Stellung einnimmt, als die

[19]) vergl. Fleiner Institut. S. 222.
[20]) vergl. hierzu Otto Mayer, Verw. R. Bd. 1, S. 257.

Zwangsstrafe, so ist doch nicht zu verkennen, daß ihr Endzweck schließlich derselbe ist, nämlich, den verpflichteten Untertan bei ihrer Vermeidung zur Befolgung seiner Pflichten anzuhalten. Die kriminelle Strafe wird deshalb auf dem Gebiete der Verwaltung da anzutreffen sein, wo Pflichten des Bürgers nicht durch Verfügung, sondern durch Gesetz oder Verordnung entstehen[21]). Schließlich ist der beiden Instituten, der Zwangsstrafe wie der kriminellen Strafe auf dem Gebiete der Verwaltung gemeinsame Gesichtspunkt noch aus etwas anderem ersichtlich.

Die Androhung von Zwangsstrafen ist dann unzulässig, wenn dieselbe Handlung oder Unterlassung, die durch die Verfügung erzwungen werden soll, schon durch eine allgemeine Norm (Gesetz oder Rechtsverordnung) unter Strafandrohung geboten ist[22]). Hier zeigt es sich also wieder, daß die Zwangsstrafe trotz ihrer besonderen Natur doch auch in gewissem Sinne zugleich Strafe ist, also nicht nur Mittel der Zwangsvollstreckung.

Zusammenfassend ist zu sagen: Grundsätzlich werden im Verwaltungsrecht Verpflichtungen des Untertanen durch einseitige Verfügung oder Gesetz unmittelbar begründet. Der Staat hat zur Durchführung der hier entstandenen Ansprüche eine reiche Macht zur Verfügung, und kann zur Durchführung der Ansprüche genügend Druck- und Zwangsmittel anwenden. Und zwar auch diese einseitig verfügend.

Es liegt hier somit nicht der Fall vor, daß für den Staat nicht die Möglichkeit besteht, einseitig mit hoheitlicher Gewalt zu verfügen.

Es muß also für unsere Frage, was zunächst das vorliegende Kapitel betrifft, folgender Satz aufgestellt werden: Wo auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts Verpflichtungen des Untertan nicht durch Vertrag, sondern durch Gesetz unmittelbar oder auf Grund einseitigem hoheitlichen Verwaltungsaktes entstehen, da ist für die Vereinbarung einer Vertragsstrafe zwischen Verwaltungsbehörde und Untertan kein Raum.

B. Die nicht durch Vertrag entstandenen Ansprüche des Untertanen gegen den Staat.

Wir müssen uns nun mehr der Untersuchung der Frage zuwenden, wie es mit der Vereinbarung von Vertragsstrafen für die Ansprüche des Untertanen gegen den Staat steht. Daß es solche gibt, ist heute mit der Anerkennung subjektiv-öffentlicher Rechte des Untertanen gegen den Staat allgemein anerkannt.

Hier ist ein Begriff vorweg zu nehmen. Es ist das von der Wissenschaft als „Reflektswirkung objektiven Rechts" bezeichnete Rechts-

[21]) so auch Fleiner Institut. S. 215; Otto Mayer Verw. R. Bd. 1 S. 258.

[22]) zitiert aus Krukenberg a. a. O. S. 90. Das die herrschende Lehre. s. Rosin a. a. O. S. 103 ff; O. Mayer Verw. R. Bd. 1 S. 279; Fleiner Institut. Anm. 23 auf S. 220; W. Jellinek Ges. Ges. anw. S. 256 u. a. mehr. Ebenso auch die Praxis. vergl. Pr. OVG. Bd. 48 S. 286, Bd. 58 S. 387, Bd. 59 S. 368, Bd. 63 S. 287.

institut. Sehr oft scheint das Gesetz damit, daß es Verwaltungsbehörden Verpflichtungen auferlegt, gleichzeitig dem Untertanen Rechte zu geben Bei näherem Zusehen zeigt es sich aber, daß zwar auf seiten der Behörde eine Pflicht, auf seiten des Untertanen aber kein Anspruch entstanden ist. Das bekannteste Beispiel hierfür ist wohl das der Armenunterstützung. Das Gesetz hat den hiermit betrauten Behörden die Pflicht zur Unterstützung der Armen auferlegt, aber der Arme hat keinen Rechtsanspruch auf die Armenunterstützung; er hat, abgesehen von der Dienstaufsichtsbehörde, nicht die Möglichkeit, seinem Verlangen auf Gewährung der Unterstützung irgendwelchen Nachdruck zu geben[1]). Hier trifft den Untertanen nur ein Reflex objektiven Rechts. Ein subjektiv-öffentliches Recht und damit ein Anspruch ist ihm nicht erwachsen[2]).

Da die Vertragsstrafe zunächst einmal einen Anspruch voraussetzt kann hier also, da kein Anspruch vorhanden ist, für sie kein Raum sein.

Nun gibt es aber zahlreiche Fälle, wo tatsächlich öffentlich-rechtliche Berechtigungen des Einzelnen gegenüber dem Staate bestehen[3]). Uns interessieren hier die öffentlichen Rechte des Einzelnen auf Leistungen und die auf Unterlassungen, denen also Verpflichtungen des Staates gegenüberstehen.

Unsere Frage lautet hier also: Kann der Untertan mit dem verpflichteten Staate eine Vertragsstrafe vereinbaren für den Fall, daß der Staat seine Verpflichtungen gegenüber dem Untertan nicht oder nicht gehörig erfüllt?

Die Verpflichtungen des Staates wie die Berechtigungen des Untertanen haben ihren Ursprung im objektiven Recht. „Das subjektiv-öffentliche Recht ist nun diejenige Stellung des Untertanen zum Staat, in der er auf Grund eines zum Schutze seiner Individualinteressen erlassenen Rechtssatzes, auf den er sich der Verwaltung gegenüber berufen können soll", vom Staate etwas verlangen kann[4]). Wir werden sehen, daß es nicht ganz zutreffend ist, den Begriff dahin zu fassen, daß die Interessen mit Hilfe wirksamer Machtmittel zu wahren dem Untertanen möglich ist[5]). Denn das könnte leicht zu der Annahme führen, daß zum Wesen des subjektiven Rechts Erzwingbarkeit gehört. Es wird kaum bestritten, daß für das subjektiv-öffentliche Recht gegen den Staat weder Vollstreckbarkeit, noch auch nur Klagbarkeit regel-

---

[1]) Positiv ausgedrückt war das im Unterstützungswohnsitzgesetz, wo § 61 bestimmte: „Durch die Bestimmungen dieses Gesetzes werden nur Rechte und Verbindlichkeiten zwischen den zur Gewährung öffentlicher Unterstützung nach Vorschrift dieses Gesetzes verpflichteten Verwenden begründet." s. hierzu Bühler a. a. O. S. 51.

[2]) so auch Lemor a. a. O. S. 25.

[3]) vergl. Bühler a. a. O. S. 226. Hierzu ist festzustellen, daß es einen allgem. Gesetzesvollziehungsanspr. nicht gibt.

[4]) aus Bühler in Festg. für Fleiner S. 36.

[5]) so Lemor a. a. O. S. 18.

mäßig gegeben sind[6]). Eine andere Frage ist die, ob es überhaupt irgend einen Schutz der Rechte gibt. Es ist aber falsch, unter Schutz nur den durch staatlichen Zwang gewährten zu verstehen[7]). Es geht nicht an, Zwang für ein wesentliches Kriterium des Rechts zu halten. Sehr richtig führt G. Jellinek[8]) aus, daß, wenn man auf diesem Standpunkt verharrt, das ganze öffentliche Recht, wenigstens sofern es in Ansprüchen der Untertanen gegen den Staat besteht, zu Falle kommt. Vielmehr hat das subjektiv-öffentliche Recht mit dem Privatrecht nur gemeinsam das „verlangen können"[9]). Andererseits soll nicht geleugnet werden, daß das Gesetz häufig dem Untertanen wenigstens zur Geltendmachung seiner Ansprüche den Klageweg einräumt. Und besonderen Schutz will es offenbar dann verleihen, wenn es für solche öffentlich-rechtlichen Ansprüche den ordentlichen Rechtsweg eröffnet, wie z. B. für die vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten, die ja allgemein als öffentlich-rechtliche Ansprüche anerkannt sind. Aber einerseits ist es bezeichnend, daß die Klagemöglichkeit immer für den Einzelfall ausdrücklich zugestanden ist, andererseits besagt die Klagemöglichkeit noch nichts für die zwangsweise Vollstreckung der Ansprüche.

Wenn nun auch zum Wesen des subjektiven Rechts nicht Erzwingbarkeit gehört, so müssen wir doch zugeben, daß im Privatrecht das Wissen des Verpflichteten von der zwangsweisen Durchsetzung eine starke Triebfeder für freiwillige Erfüllung ist. Hier im öffentlichen Recht, wo die Erzwingbarkeit allgemein nicht vorhanden ist, fragt es sich, worin nun überhaupt der Sinn eines subjektiven Rechts gegen den Staat besteht. Hängt es etwa von dem Belieben des einzelnen Staatsorgans ab, Verpflichtungen des Staates zu erfüllen?

Wir haben gesehen, daß dem Untertan gegen den Staat auch der Klageweg gegeben sein kann. Aber das wegen Verletzung eines Rechtes gegen den Staat angestellte Verfahren führt nicht zu einem Handeln des Staates wie im Privatrecht Exekution oder bei Ansprüchen des Staates zu Strafe oder Exekution. Es kommt hier vielmehr nur bis zu dem Ausspruch, daß die vom Kläger oder Beschwerdeführer behauptete Rechtspflicht des Staates bestehen und nicht erfüllt und evtl., daß das Verhalten der zur Realisierung der betreffenden Staatspflicht berufenen Behörde rechtswidrig sei. Dagegen kann man nicht weiter annehmen, der Staat könne nun gegen sich selbst eine Exekution, d. h. also die Erzwingung irgend einer Leistung vornehmen oder gar sich selbst strafen. Wir sehen also, daß die Rechtsbehelfe gegen den Staat die Lage des subjektiv-öffentlich Berechtigten nur äußerlich bessern, dagegen keinen wirksamen Rechtszwang verbürgen[10]).

Wenn der Staat in Fällen, wo Privatpersonen untereinander gegenseitig verpflichtet sind, gewöhnlich kraft seiner Autorität dem Berechtigten den Rechtszwang zur Verfügung stellt oder da, wo der

[6]) ebenso Bühler a. a. O. S. 11 ff. u. Lemor a. a. O. S. 28.
[7]) vergl. G. Jellinek a. a. O. S. 349.
[8]) a. a. O. S. 349 und auch Kelsen Hauptprobleme S. 658.
[9]) vergl. hierzu Bühler a. a. O. S. 12.
[10]) so auch Richter a. a. O. S. 29.

Untertan dem Staate gegenüber verpflichtet ist, der Staat den Untertan zur Befolgung der Pflicht zwingt, so tut er das, weil er durch seinen Willen die Rechtsordnung gesetzt hat und diese nur Bestand hat, wenn der auf Geltung der in ihr enthaltenen Rechtsverhältnisse gerichtete Rechtsquellenwille sich auch in der Durchsetzung bewährt. Ueber dem Staate steht nun aber keine Macht, die ihn zur Erfüllung von Verpflichtungen dem Untertan gegenüber zwingen könnte Aber der Rechtsstaat gibt einmal schon in seinem Grundsatz von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung eine Gewähr für die Erfüllung seiner Verpflichtungen[11]). Denn wenn der Staat Gesetze gibt, will er, daß sie gehalten werden und unbedingte Geltung haben. Wenn er andere Personen gegebenenfalls mit Gewalt zur Befolgung ihrer Pflichten zwingt, so ist dieser Wille zur Aufrechterhaltung des Rechtes auch eine Gewähr dafür, daß er die subjektiven Rechte gegen ihn selbst befriedigt. Denn, wenn der Staat sich seinen durch die von ihm gesetzte Rechtsordnung begründeten Verpflichtungen entzieht, dann hebt er damit die Rechtsordnung auf und zerstört mit ihr seine Grundlage.

Das was die Rechtsordnung will, wenn sie subjektive Rechte verleiht, ist doch zunächst nur, daß die Rechte und Pflichten der verschiedenen Rechtssubjekte gegeneinander abgegrenzt werden. Und es ist deutschrechtliche Auffassung, daß bei der Begründung von Rechten und Verbindlichkeiten an selbstverständliche Erfüllung gedacht wird[12]). Die zwangsweise Geltendmachung irgend eines Rechtes ist etwas sekundäres; ihre Notwendigkeit kann beinahe als Zeichen moralischen Niederganges gelten.

Wo also dem Staate gegenüber subjektiv-öffentliche Rechte des Untertanen bestehen, ergibt sich schon aus dem Sinn und Wesen des Staates und insbesondere des Rechtsstaates, daß mit dem Fortbestand der Rechtsordnung eine grundsätzliche Gewähr für die Erfüllung der Verpflichtungen des Staates gegeben ist. An Stelle der im Privatrecht üblichen, auf äußere Vollstreckung gerichteten Formen des Rechtszwanges tritt hier im allgemeinen ein logischer Zwang zur Befolgung des Rechts, solange dieses eben gelten soll[13]). Dies gilt für alle subjektiv-öffentlichen Rechte, sowohl für die staatsbürgerlichen (die dem Einzelnen eine Beteiligung an der Staatswillensbildung sichern) wie für die sogenannten bürgerlichen, unter denen die Rechte auf positive Leistungen diejenigen sind, die am häufigsten praktisch werden[14]).

Ueber den oben erörterten „logischen Zwang zur Befolgung des geltenden Rechts" hinaus hat der Staat dem Untertanen in der Rechtsordnung verschiedene Sicherungen für seine Ansprüche gestellt. Da der Staat durch seine Organe tätig wird, so mußte er dem Untertanen die Möglichkeit geben, sich gegen Uebergriffe oder Nachteile, die ihm durch staatliche Organe zugefügt werden bei der vorgesetzten Behörde zu beschwerden. In der ganzen Behördenorganisation, in den verschie-

[11]) vergl. W. Jellinek, Verw. R. S. 280.
[12]) Bühler a. a. O. S. 13/14.
[13]) vergl. hierzu Richter a. a. O. S. 30.
[14]) aus Helfritz Allg. Staatsr. S. 52/53.

denen Formen des Verfahrens, in den Aufsichtsbefugnissen vorgesetzter Behörden und schließlich in der disziplinaren und zivilrechtlichen Verantwortlichkeit der beteiligten Beamten, liegen wertvolle Garantien für die Erfüllung der Verpflichtungen des Staates gegenüber dem Untertanen[15]). Schließlich hat der Staat dem Untertanen manchmal auch die Möglichkeit zur Klage gegeben[16]).

Hier, wo der Staat dem Untertanen zur Geltendmachung seiner subjektiv öffentlich-rechtlichen Ansprüche den ordentlichen Rechtsweg eröffnet hat, taucht nun die Frage der Zwangsvollstreckung gegen den Staat auf. Bis zum Urteilsausspruch stand der Staat da, wie jeder Privatmann „wenn es so weit ist, dann schlägt das Verfahren auf einmal um; es zeigt sich, daß der Staat als Schuldner nur einem Privatmann gleich behandelt worden ist, um die Sache in einer Recht und Gerechtigkeit sichernden Form von überzeugender Zweckmäßigkeit zur Entscheidung zu bringen"[17]).

Manche folgern nun, daß gegen den Staat eine Zwangsvollstreckung völlig unzulässig sei[18]). Nach Otto Mayer greifen gegen den Staat die gewöhnlichen Zwangsmittel nicht Platz[19]).

In der Tat läßt sich in der Gesetzgebung eine gewisse Einheitlichkeit in dem allerdings nicht völlig verwirklichten gesetzgeberischen Bestreben erkennen, die Rechtssubjekte des öffentlichen Rechts und insbesondere den Staat von den allgemeinen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung auszunehmen. Dafür hat E. G. zur ZPO. § 15, Ziff. 3 den Einzelstaaten freies Spiel gelassen[20]).

Preußen zerfällt bezüglich der Zwangsvollstreckung gegen öffentliche Körperschaften in drei Rechtsgebiete. Es würde zu weit führen, hier die verschiedenen Einzelbestimmungen durchzunehmen. Auch interessiert im vorliegenden Kapitel in der Hauptsache nur die Zwangsvollstreckung gegen den Staat.

Es sei hier kurz auf die betreffenden Bestimmungen im Gebiete des allgemeinen Landrechts eingegangen. Hier sind maßgebend die Vorschriften der Allgemeinen Gerichtsordnung vom 6. Juli 1793, die in dem größten Teil von Preußen gilt[21]). § 33 Teil I Tit. 35 bestimmt dort: „Uebrigens müssen die ergangenen rechtskräftigen Urteile auch gegen den Fiskus, sowie gegen jede andere Partei gehörig vollstreckt werden. Inzwischen bringen es die bestehenden Finanz-, Dienst- und Kassenverhältnisse mit sich, daß, indem der Erinnerungsbefehl an die Kasse, das Amt oder die sonstige zur Zahlung oder Leistung unmittelbar verurteilte fiskalische Station erlassen wird, der ihr vorgesetzten

[15]) vergl. hierzu W. Jellinek, V. R. S. 280 ff; Fleiner Institut S. 226 u. a. m.

[16]) s. ob. 26. — Hier ist das bekannteste Beispiel: die Klage des Beamten auf Gehaltszahlung.

[17]) Aus Otto Mayer Bd. 1 S. 381 f.

[18]) z. B. Richter a. a. O. S. 28.

[19]) Otto Mayer, Bd. 1 S. 381.

[20]) vergl. hierzu und zu dem folgenden: Forsthoff-Simons a. a. O. S. 53 ff.

[21]) in den übrigen Teilen Preußens gilt das französische bezw. das gemeine Recht.

Behörde davon Nachricht zu geben. Letztere muß dann alle nach der Finanzverfassung nötigen Anstalten und Verfügungen unverzüglich treffen, damit dem Urteil in der bestimmten Zeit unfehlbar genügt werde; und das Generaldirektorium wird darauf halten, daß derjenige, der aus Nachlässigkeit oder anderen unerlaubten Ursachen seine Pflicht hierunter nicht beachtet, dem obliegenden Teile alles erweisliche Interesse aus eigenen Mitteln erstatten müsse, auch nach Befinden noch überdies empfindlich bestraft werde."

Die untergeordnete Kasse kann also nicht zur Zahlung gezwungen werden, wenn die übergeordnete Kasse sie nicht hierzu anweist. Eine eigentliche Zwangsvollstreckung ist demnach in dieser Hinsicht gegen den Fiskus nicht möglich[22]). Wenn eine untergeordnete Behörde nachlässig oder saumselig handelt, dann findet nur eine „Exekution ad faciendum" statt, die gegen Beamten, Rendanten usw. persönlich verhängt werden muß[23]). Diese Exekution ad faciendum kann auch nicht von dem Gericht vorgenommen werden, da es an einem Titel hierzu fehlt, sondern ist Sache der Verwaltungsbehörden.

Zusammenfassend kann also festgestellt werden, daß einem Anspruch des Untertanen gegen den Staat, der für begründet erklärt worden ist, ohne weiteres Genüge getan wird[24]). Erfüllt eine untere Instanz diese Pflicht nicht, so kann sie von der vorgesetzten Behörde vermöge ihrer Aufsichtsgewalt mit den verschiedensten Mitteln dazu angehalten werden. Ein Vergleich mit dem Privatrecht kann vielleicht dahin gefaßt werden, daß dort der Erfüllungsgehilfe von seinem Geschäftsherrn angehalten wird, die ihm aufgetragenen Verrichtungen zu bewirken; er der Schuldner selbst ist zur Leistung bereit.

Demnach ist die Möglichkeit des Zwanges gegen den Staat im allgemeinen darauf beschränkt, daß die vorgesetzte Behörde die untergeordnete durch Anweisung und nötigenfalls durch Strafe zur Erfüllung der Verpflichtung anhalten muß.

Eine Strafe gegen den verpflichteten Staat scheidet überhaupt völlig aus, wie weiter oben dargetan ist.

Wenn nun Strafe und die auf äußerlichen Zwang gerichteten Maßnahmen gegen die verpflichtete Staatsperson ausscheiden, weil das mit dem Wesen des Rechtsstaates unvereinbar ist, so ist es ohne weiteres selbstverständlich, daß der Staat auch vertraglich keine Strafen vereinbaren kann für den Fall, daß er, (natürlich durch seine Organe) seine Verpflichtungen dem Untertanen gegenüber nicht gehörig erfüllt.

Es würde eine boße Wiederholung des bei Ablehnung sonstigen Zwanges dem Staate gegenüber Gesagten bedeuten, wollte man hier noch einmal begründen, daß für eine Vertragsstrafe als Nebenbestimmung zu öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen des Staates dem Untertanen gegenüber kein Raum ist. Wenn schon die Gesetze keine

[22]) vergl. hierzu Forsthoff-Simon a. a. O. S. 55/56.

[23]) näher geregelt in § 242 des Anhanges aus dem Reskript v. 24. April 1797.

[24]) vergl. auch Otto Mayer S. 381 Bd. 1; Forsthoff-Simons a. a. O. S. 15.

Strafen und kaum Zwang kennen, dann kann unmöglich der Staat mit dem Untertan Vertragsstrafen für seine Verpflichtungen vereinbaren.

3. Die durch Vertrag entstandenen öffentlich-rechtlichen Ansprüche.

A. Abgrenzung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht.

Bisher haben wir die Zulässigkeit von Vertragsstrafen im öffentlichen Recht nur bei solchen Verpflichtungen untersucht, die nicht durch öffentlich-rechtlichen Vertrag, sondern unmittelbar auf Grund von Gesetzen oder durch einseitige Verfügung entstanden sind. Dort hat sich die unbedingte Unzulässigkeit von Vertragsstrafen ergeben.

Wie nun aber, wenn Verpflichtungen und Berechtigungen durch öffentlich-rechtlichen Vertrag entstehen? Hier, so will es scheinen, müßte das eigentliche Gebiet der Untersuchung liegen. Wir haben aber gefunden, daß es von Vorteil ist, das auf dem Gebiete des Privatrechts längst durchgebildete Institut der Vertragsstrafe sozusagen als Muster zu benutzen. Es hatte sich gezeigt, daß im Privatrecht die Vertragsstrafe jeden Anspruch, sei er nun durch Vertrag oder unmittelbar durch Gesetz oder sonstwie zustande gekommen, als besonderes Druckmittel hinzugefügt werden konnte. Wenn wir auf Grund unserer bisherigen Untersuchungen zu dem Ergebnis gekommen sind, daß im öffentlichen Recht ganz sicher für die Vertragsstrafe da kein Raum ist, wo Ansprüche des Staates gegen den Untertan wie solche des Untertanen gegen den Staat nicht durch Vertrag entstehen, so zeigt sich schon hieraus, daß Vertragsstrafen im öffentlichen Recht, wenn sie überhaupt zulässig sein sollten, dies nur in wesentlich anderem Maße als im Privatrecht sein könnten. Im Privatrecht steht ja sogar bei Ansprüchen, die zwingend und durch Parteiwillen unabänderlich kraft Gesetzes bestehen, der Vereinbarung von Vertragsstrafen nichts im Wege. Wenn wir nun im folgenden die Frage zu klären suchen, ob etwa da Vertragsstrafen möglich sind, wo der Anspruch, der gestärkt werden soll, durch öffentlich-rechtlichen Vertrag entstanden ist, so ist mit besonderer Vorsicht zu verfahren. Insbesondere ist auch hier der Grundsatz stets gegenwärtig zu halten, daß es nicht angeht, Begriffe des Privatrechts unbesehen in das öffentliche Recht hinüberzunehmen, weil vielleicht irgendwelche Grundbegriffe (wie hier der Vertrag) auch im öffentlichen Recht vorhanden sind.

Daß im öffentlichen Recht und besonders im Verwaltungsrecht Verträge heute fast allgemein anerkannt sind, ist schon weiter oben dargetan worden. Soviel nun auch über Verträge im öffentlichen Recht geschrieben worden ist, mit der Vereinbarung von Vertragsstrafen, hat sich die Literatur des öffentlichen Rechts bisher so gut wie garnicht beschäftigt. Apelt geht zwar mit einigen Sätzen auf die Vertragsstrafe im öffentlichen Recht ein[1]). Er begnügt sich aber damit, auszusprechen,

[1]) vergl. hierzu und zu dem folgenden: Apelt a. a. O. S. 205.

daß eine Vertragsstrafe, die einem öffentlich-rechtlichen Vertrage hinzugefügt wird, ihrerseits auch öffentlich-rechtlichen Charakter habe, ihr keinesfalls die Wirkung eines privat-rechtlichen Vertrages zuzusprechen sei. Er führt hierzu kurz aus, daß die Körperschaft des öffentlichen Rechts, der vertraglich eine Konventionalstrafe gelobt worden sei, in der Lage sein müsse, sich selbst sofort mit Hilfe eines obrigkeitlichen Verwaltungsaktes die ausbleibende Befriedigung zu verschaffen, ohne erst auf den Umweg über die Zivilgerichte angewiesen zu sein. Apelt betont aber, daß die Rechtsprechung des Privatrechts nie gezögert hat, derartigen Vertragsstrafvereinbarungen die Wirkung privat-rechtlicher Verträge zuzusprechen. Wie immer, wenn ein Begriff oder auch nur ein Wort, das im Privatrecht vorkommt, im öffentlichen Recht selbständige Gültigkeit beansprucht, taucht auch hier wieder die Frage nach der Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht auf. Diese Frage ist aber wohl heute die schwierigste der praktischen Jurisprudenz, eine der schwierigsten jedenfalls[2]). Und doch ist ihre Beantwortung wie für den öffentlich-rechtlichen Vertrag überhaupt, so auch für die uns beschäftigende Frage nach der Möglichkeit von Vertragsstrafen im öffentlichen Recht von ausschlaggebender Bedeutung. Daß die Zivilgerichte den Vereinbarungen von Vertragsstrafen immer die Wirkung privat-rechtlicher Verträge zusprechen wollen, hat seinen Grund darin, daß die Zivilgerichte aus dem vermögensrechtlichen Charakter eines Anspruches stets auf privatrechtliche Zugehörigkeit des Anspruchs schließen[3]). So steht auch das Reichsgericht auf dem allgemeinen Grundsatz, daß es sich bei Vermögensleistungen immer um privatrechtliche Ansprüche handle[4]). Die Wissenschaft vermag der Rechtsprechung hierin nicht zu folgen. Sie hat nach anderen Merkmalen für die Abgrenzungen von privatem und öffentlichem Recht gesucht, wobei die verschiedenen Schriftsteller zu den verschiedensten Ergebnissen gelangt sind. Für unsere weiteren Untersuchungen wird es nötig sein, darzutun, worin wir den Unterschied zwischen öffentlichem und Privatrecht erblicken. Im Rahmen dieser Arbeit kann aber zu der Frage der Abgrenzung des öffentlichen vom privaten Recht nur kurz Stellung genommen werden. Es soll deshalb hier auch diese Frage nur soweit berührt werden, als sie unsere Untersuchungen fördern kann.

Von den vielen Theorien, die in der älteren Literatur die Frage der Abgrenzung des privaten vom öffentlichen Recht zu klären glaubten[5]), sind heute nur wenige übrig geblieben, die noch Beachtung verdienen.

Die älteste ist wohl die Interessentheorie, die die Bestimmung des Unterschiedes zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht im Inhalt des Rechtsverhältnisses sucht. Danach sollen öffentliche Rechtsverhält-

---

[2]) Das betont Burckhardt a. a. O. S. 11, Anm. 2.
[3]) s. hierzu Schelcher a. a. O. S. 152.
[4]) so RGZ. Bd. 70 S. 80, 398, Bd. 57 S. 350, Bd. 67 S. 403, Bd. 60 S. 353, Bd. 25 S. 330, Bd. 22 S. 288.
[5]) Kelsen in Arch. f. öff. R. Bd. 31 S. 80 ff nennt deren 17.

nisse öffentlichen Interessen, private Rechtsverhältnisse privaten Interessen dienen[6]).

Wenn auch nicht geleugnet werden kann, daß das öffentliche Interesse häufig einen gewissen Hinweis auf die Zugehörigkeit des Rechtsverhältnisses zum öffentlichen Recht gibt, so ist doch zu bedenken, daß es einerseits eine ganze Reihe von Privatrechtsnormen gibt, die nicht bloß im Interesse Einzelner, sondern auch im öffentlichen Interesse erlassen sind, wie andererseits, auch Normen des öffentlichen Rechts, die wesentlich oder ausschließlich dem Schutze von Einzelinteressen zu dienen bestimmt sind[7]). Die reine Interessentheorie liefert infolgedessen kein durchgreifendes Unterscheidungsmerkmal.

Abzulehnen ist es auch, die Unterscheidung unbedingt dahin zu fassen, daß alles öffentliche Recht zwingender Natur, das private dispositiver Natur sei. Damit würde das gesamte bestehende Rechtssystem umgeworfen werden. Insbesondere wäre dann für den Vertrag im öffentlichen Recht kein Raum. Zu dieser Folgerung kommt Burckhardt[8]), der konsequent soweit geht, auch da, wo allgemein öffentlich-rechtliche Verträge anerkannt sind, ihnen die Daseinsberechtigung als Verträge abzusprechen[9]). Es mag zutreffen, daß das Privatrecht mehr nachgiebiges Recht, das öffentliche Recht mehr zwingendes enthält. Als entscheidendes Abgrenzungsmerkmal kann dies aber nicht dienen[10]).

Es geht auch nicht an, der Rechtsnorm die Zuteilung zum öffentlichen Recht oder Privatrecht zu überlassen, denn nur in wenigen Fällen hat der Gesetzgeber ein Rechtsverhältnis positiv zu einem öffentlich-rechtlichen oder privat-rechtlichen gestempelt. Es bleibt ein weites Feld, wo die Zuweisung dem überlassen bleibt, der das Recht anwendet. Häufig hat der Gesetzgeber auch nur die Zuständigkeitsfrage geregelt, ohne damit etwas über den Charakter des Rechtsverhältnisses zu sagen (z. B. Geltendmachung der Gehaltsansprüche der Beamten oder der Schadenersatzansprüche aus Amtspflichtverletzungen von Beamten)[11]).

Die meiste Beachtung verdient wohl die Theorie, die das Kriterium des Gegensatzes zwischen öffentlichem und privatem Recht in dem Verhältnis der beteiligten Rechtssubjekte zueinander sucht, ob diese dabei als Ueber- und Untergeordnete oder als Gleichgeordnete einander gegenüber treten, ob also zwischen ihnen ein Herrschaftsverhältnis besteht oder nicht[12]).

So viele und bedeutende Anhänger diese Theorie gefunden hat, so heftig ist sie auch bekämpft worden. Doch trifft es zu, daß die Rechtsverhältnisse die öffentlich-rechtlichen Charakter tragen, durch das Herrschaftsverhältnis der übergeordneten Staatsperson bestimmt werden. Da aber dem Staate und anderen mit hoheitlicher Gewalt aus-

[6]) vergl. Schelcher a. a. O. S. 157; Seidel a. a. O. S. 15.
[7]) so auch Helfritz, Staatsrecht S. 34, Anm. 1.
[8]) In der Festg. f. das Schweiz. Bundesger.
[9]) a. a. O. S. 70.
[10]) vergl. Helfritz, Staatsrecht S. 31.
[11]) so auch Schelcher a. a. O. S. 173; Helfritz a. a. O. S. 30; Fleiner Institut. S. 50.
[12]) Anhänger: G. Jellinek, W. Jellinek, O. Mayer, Helfritz, Fleiner u. a. m.

gestatteten Verbandspersonen die Fähigkeit zugesprochen wird, Träger privatrechtlicher Verbindlichkeiten zu sein, muß bei der Abgrenzung des öffentlichen Rechts gegenüber dem Privatrecht immerhin auch das Rechtsverhältnis berücksichtigt werden. Wir müssen demnach feststellen, daß die Kennzeichnung eines Rechtsverhältnisses sowohl durch seinen Inhalt, als auch besonders durch die überragende Stellung des Staates (und der öffentlich-rechtlichen Verbände, die staatliche Aufgaben erfüllen) geschieht. Der Inhalt des Rechtsverhältnisses ist hierbei insoweit zu berücksichtigen, als es der Erhaltung und Geltendmachung der Staatsgewalt dient. Wohl ist auch das Privatrecht im allgemeinen Interesse vorhanden und Privatrechtsverhältnisse dürfen nicht das öffentliche Interesse verletzen. Bei öffentlichem Recht muß aber der Begriff „öffentliches Interesse" den oben bezeichneten Sinn von Schutz, Erhaltung und Geltendmachung der Ueberordnung des Staates, also der Staatsgewalt, haben. Demnach ist öffentlich-rechtlich ein Rechtsverhältnis dann, wenn es in dem Interesse der übergeordneten Staatsgewalt zustandekommt oder besteht. Deshalb ist es nicht nötig, daß die Beteiligten im Verhältnis der Ueber- und Unterordnung stehen[13]). nötig ist nur, daß das Verhältnis, in dem sie stehen, der Geltendmachung der Staatsgewalt dient.

Wenn man aber eine Scheidung von privatem und öffentlichem Recht fordert und schließlich das Unterscheidungsmerkmal gefunden hat, dann muß man auch, wenn man einen Rechtssatz oder ein Rechtsverhältnis als öffentlich-rechtlich erkannt hat, das ganze Lebensgebiet, dem sie angehören, als öffentlich-rechtlich anerkennen. Man kann dann nicht einzelne Folgerungen nur deshalb, weil an ihnen die Merkmale der Oeffentlichkeit in unserem Sinne nicht ohne weiteres erkennbar sind, dem Privatrecht zuteilen[14]). Wenn man also einen Vertrag als öffentlich-rechtlich anerkannt hat, dann muß man auch seinen sämtlichen Wirkungen öffentlich-rechtlichen Charakter zuerkennen.

Man hat nun aus dem Grundsatz der Ueberordnung des Staates geschlossen, daß ein Vertrag zwischen ihm und dem Untertanen auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts nicht möglich sei, da der Vertrag Gleichberechtigung der Parteien verlange[15]). Hierzu ist zunächst zu sagen, daß es sich nicht um die Gleichordnung der Parteien, sondern nur um die Gleichwertigkeit ihrer Willenserklärungen handelt[16]); denn nicht durch das Vorhandensein der Parteien kommt der Vertrag zustande, sondern durch ihre Willenserklärungen. Es ist deshalb auch falsch zu sagen, der Vertrag sei ein Rechtsverhältnis; wenn man das tut, so nimmt man dem Staate hier die Ueberordnung. Der Vertrag ist kein Rechtsverhältnis, er begründet nur ein solches. Die Willensäußerungen, die man zusammen Vertrag nennt, haben nur diesen Zustand geschaffen. In dem nun entstandenen Rechtsverhältnis aber stehen sich

[13]) vergl. hierzu Helfritz Staatsrecht S. 30; Hatschek Institut. S. 15.
[14]) ebenso Friedrichs a. a. O. S. 5.
[15]) so insbesondere Otto Mayer.
[16]) vergl. auch Layer a. a. O. S. 27.

Staat und Untertan wieder über- und untergeordnet gegenüber, als über- und untergeordnetes Rechtssubjekt. Das Zustandekommen des Rechtsverhältnisses haben aber nicht Rechtssubjekte, sondern ihre Willensäußerungen bewirkt. Die Willensäußerungen müssen nun allerdings gleichwertig sein; und zwar gleichwertig in dem Sinne, daß sie in gleicher Weise Bedingungen der an sie geknüpften Rechtsfolgen sind[17]). Diese Gleichwertigkeit ist also nichts in den Personen liegendes, sondern nur entscheidend dafür, daß die Personen zueinander in einem Rechtsverhältnis stehen. Wir sagen also, daß die Willensäußerungen, die zusammen wirken gleich Vertrag sind, ein Rechtsverhältnis schaffen. Handelt es sich bei dem sodann entstehenden Rechtsverhältnis um ein solches im Interesse von Schutz, Erhaltung und Geltendmachung der übergeordneten Staatsgewalt, so ist der Vertrag ein öffentlichrechtlicher. Handelt es sich dagegen um Geltendmachung von Interessen, die die Ueberordnung des Staates nicht betreffen (mögen sie auch sonst im Allgemeininteresse liegen) so haben wir einen privatrechtlichen Vertrag vor uns[18]).

Wenn also auch in dem Verhältnis, das durch den Vertrag zustande gekommen ist, Verpflichtungen oder Verbindlichkeiten des Staates enthalten sind, so ist doch die Ueber- und Unterordnung bestehen geblieben, sofern es sich eben um einen Vertragsschluß zwischen Staat oder Selbstverwaltungsverband und Untertan handelt. Denn, daß das Bestehen von Verpflichtungen auf seiten des Staates seine Ueberordnung nicht beseitigt, ist ohne weiteres ersichtlich aus dem Bestehen sonstiger subjektiv öffentlicher Rechte des Untertanen gegen den Staat, die nicht durch Vertrag entstehen.

Kelsen kommt auf Grund ähnlicher Erwägungen zu dem Schluß, daß es sich da, wo wir von Ueberordnung des Staates sprechen, garnicht um eine Höher- oder Mehrwertung der Staatsperson gegenüber der Person des Untertanen handle; vielmehr sei übergeordnet sämtlichen Rechtssubjekten einzig und allein die Rechtsordnung. Ihr sei auch die Staatsperson untergeordnet. Deshalb gebe es keinen Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht[19]).

Hierin können wir Kelsen nicht folgen. Zunächst kann man zwar sagen, daß die Rechtsordnung es ist, die Verhältnisse der Ueber- und Unterordnung schafft; sie kann dann bestimmen, daß der Staat dem Untertanen rechtlich weit überlegen ist. Scheinbar geben wir damit Kelsen recht. Aber eins ist nicht zu übersehen, nämlich, daß die Rechtsordnung durch den Staat geschaffen ist, daß erst der Rechtsstaat auch Rechte des Untertanen gegen den Staat möglich gemacht und umgekehrt Pflichten des Staates gegenüber dem Untertanen geschaffen hat. Der Staat hat also in der Rechtsordnung nur den Rahmen für die Geltendmachung seiner Ueberordnung geschaffen. Die Rechtsordnung ist somit nicht ursprünglich dem Staate übergeordnet; der Staat hat sich nur in gewissem Umfange unter sie gestellt. Der Staat hat ja jederzeit

[17]) Aehl. Layer a. a. O. S. 17.
[18]) vergl. auch Kelsen in Zeitschr. f. öff. R. Bd. 1 S. 167.
[19]) so in Zeitschr. f. öff. R. Bd. 1 S. 167 u. Arch. f. öff. R. Bd. 31.

die Macht, durch Setzung einer neuen Rechtsordnung seine Macht zu vergrößern; ja er könnte es sogar soweit treiben, daß alle Rechte nur von Fall zu Fall durch ihn selbst geschaffen und jederzeit wieder beseitigt werden könnten. Der Staat als Gesetzgeber ist ja allmächtig; verstößt eine seiner Maßnahmen noch zu sehr gegen alles Rechtsempfinden: in dem Augenblick, in welchem sie in Gesetzesform erscheint, ist jede Maßnahme positiv geltendes Recht. Ein überstaatliches Recht (das man vielleicht als Rechtsordnung im Sinne Kelsens fassen könnte) das den Staat bindet, seine Rechtsordnung in bestimmter Richtung zu gestalten, gibt es nicht[20]). So wäre es auch denkbar, daß für den Vertrag im öffentlichen Recht kein Raum wäre; so etwa, wenn die Rechtsordnung eine Generalklausel enthielte, daß der Staat seinen sämtlichen Angelegenheiten einseitig verfügend durch hoheitlichen Verwaltungsakt regeln kann. Solch eine Generalklausel fehlt aber im geltenden Verwaltungsrecht. Es ist vielmehr zwar für die meisten Fälle einseitiger Verwaltungsakt vorgesehen, andererseits durch das Gesetz selbst auch vertragliche Regelung zugelassen. Wenn aber das Gesetz manchmal weder einseitige noch vertragliche Regelung vorschreibt, dann muß der Staat kraft seiner Ueberordnung die Macht haben, zu wählen zwischen einseitigem Verwaltungsakt und Vertrag je nachdem, wie er eine dem allgemeinen öffentlich-rechtlichen Ziele entsprechende Regelung besser wird erreichen können. Dieses Ziel aber ist Erhaltung und Geltendmachung der staatlichen Ueberordnung.

B. Die Ueberordnung des Staates bleibt auch bei Rechtsverhältnissen bestehen, die durch öffentlich-rechtlichen Vertrag begründet worden sind.

Wir sehen, daß der Staat Rechtssubjekt ist und als solches die Fähigkeit hat, Träger von Rechten und Verbindlichkeiten zu sein. Ferner haben wir festgestellt, daß diese Rechte und Verbindlichkeiten gewöhnlich nicht durch öffentlich-rechtlichen Vertrag entstehen.

Die hier im öffentlichen Recht bestehenden Rechte und Verbindlichkeiten sowohl des Staates als auch des Untertanen, seien sie durch Vertrag oder anders entstanden, haben einen wesentlich anderen Charakter, als die Rechte und Verbindlichkeiten des Privatrechts. Das folgt wieder aus dem Wesen des öffentlichen Rechts. Während private Berechtigungen im Interesse des einzelnen Individuums bestehen, die dieses Individuum aus egoistischen Motiven gegen ein ihm gleichgeordnetes anderes Individuum[21]) (das wiederum derartige Berechtigungen gegen andere hat) geltend macht, besteht im öffentlichen Recht

[20]) vergl. Helfritz in Jahrbuch des öff. R. 1926 S. 246. ...Das Wesen des Rechtsstaates ist in erster Linie, daß er selbst an seine eigene Rechtsordnung gebunden ist. In einem höheren Sinne könnte es auch bedeuten, daß der Staat eine Rechtsordnung zu schaffen hat, die dem allgemeinen Rechtsempfinden entsprechen muß.

[21]) vergl. Hartmann im Verw. Arch. Bd. 25 S. 389 ff; Mayer-Branicke a. a. O. S. 231.

die Berechtigung wie die Verpflichtung im Interesse der übergeordneten Staatsgewalt und dient zu ihrer Geltendmachung und Erhaltung. Das folgt auch aus der Natur des Staates und der öffentlich-rechtlichen Verbände als realer Verbandspersonen. Denn die reale Verbandsperson ist der Gesamtheit ihrer Mitglieder also der Untertanen, gleich zu setzen. Wenn also Staat und Volk als Rechtsperson identisch sind, so ist auch der einzelne Untertan nicht ein außerhalb stehendes Rechtssubjekt, sondern ist insoweit ein Stück des Staates selbst[22]). Deshalb hat die Staatsperson in ihrer Ueberordnung über den einzelnen Untertan nicht die Bedeutung einer egoistischen dem Untertan gegnerischen Partei. Die Organe des Staates, die dem Untertanen handelnd gegenübertreten sind nicht selbständige juristische Personen; das Organ ist die handelnde Verbandsperson. Organ und Staat (oder sonstiger öffentlich-rechtlicher Verband) sind nicht zwei verschiedene sich gegenüberstehende Rechtssubjekte, sondern ein einziges Rechtssubjekt[23]). Der Sinn der Ueberordnung des Staates kann dann nur der sein, daß er bei der Regelung seiner Verhältnisse (also der Verhältnisse der realen Verbandsperson) nicht an das einzelne Individuum, sondern immer nur an die Gesamtheit der den Staat bildenden Personen denken darf. Ebenso ist auch der einzelne, wenn er öffentlich-rechtlich handelnd auftritt, gebunden, sein Handeln so einzurichten, daß es der Erhaltung der realen Verbandsperson und der Verwirklichung ihrer Zwecke dient.

C. Die Ueberordnung des Staates in der Gestalt der Verbandsgewalt.

Dieser genossenschaftliche Gedanke, daß also der Staat und das in ihm geeinte Volk nichts voneinander verschiedenes sind, kann allein den Bestand des Staates sichern. Aus der gemeinsamen Mitgliedschaft am staatsgesellschaftlichen Organismus erwachsen hier der Bürgersinn und der Gedanke der genossenschaftlichen gegenseitigen Berechtigung und Verpflichtung[24]). Wenn wir trotzdem von Gehorsamszwang und Untertanschaft gesprochen haben und auch weiter sprechen werden, so hat das die Bedeutung, daß der Staat in seiner Eigenschaft als Verbandspersönlichkeit Träger der Verbandsgewalt, der öffentlichen Gewalt ist. Die dem Staate zustehende öffentliche Gewalt als Verbandsgewalt erhält dadurch ihr besonderes Merkmal zur Staatsgewalt, daß sie die machtvolle Durchführung des allgemeinen Willens zum Inhalt hat und den politischen Willen der Gemeinschaft zum Ausdruck bringt[25]).

Obrigkeitliche Gewalt kann deshalb nur den Sinn haben, daß der Staat als Träger der Verbandsgewalt die Interessen aller seiner Mitglieder, also der Allgemeinheit durchsetzt. Aber auch bei der gewalt-

[22]) s. Helfritz, Staatsrecht S. 41.
[23]) Ausführlich erörtert bei Helfritz: Die Vertretung usw. S. 32 ff.
[24]) vergl. Buddeberg a. a. O. S. 138.
[25]) vergl. auch Otto Gierke a. a. O. Bd. 2 S. 41.

samen Durchsetzung ist der Staat durch das Recht seiner Glieder gebunden und beschränkt. In der Rechtsordnung hat die zur Verbandsperson geeinte Volksgemeinschaft den Rahmen ihres Zusammenlebens geschaffen. Der Staat ist also zwar nicht lediglich um der einzelnen Willen da, aber der Einzelne und der Staat sind für einander da[26]).

Die Gemeinschaft hat nun dem Staate im allgemeinen die Macht gegeben, zu seiner Selbstbehauptung und Machtsicherung die Staatsgewalt (immer als höchste Verbandsgewalt) mit aller Schärfe einzusetzen[27]). Der Staat greift dann mit einseitiger Verfügungsgewalt ein. Der Staat braucht aber nicht immer von vornherein mit dieser intensiven Befehlsgewalt auftreten. Er kann wie wir gesehen haben, mit seinen Gliedern die Erreichung einzelner staatlicher Zwecke durch Vertrag ordnen. Da es sich aber auch hier immer um die Geltendmachung der Verbands- also Staatsgewalt handelt, werden auch hier die Rechte und Pflichten unter diesem Gesichtspunkt begründet. Wir haben oben festgestellt, daß das Wesen des Vertrages darin besteht, daß durch die zusammenkommenden Willenserklärungen Rechte und Pflichten zur Entstehung gelangen, daß also der Vertrag kein Rechtsverhältnis ist, sondern nur ein solches begründet. Wenn durch den öffentlich-rechtlichen Vertrag öffentlich-rechtliche Verpflichtungen geschaffen wurden, so sind diese, einmal entstanden, genau so zu behandeln, wie Verpflichtungen, die auf andere Art und Weise, als durch Vertrag entstanden sind. War bei der Abgabe der Willenserklärungen alles in Ordnung, so bestehen nachher die Rechte und Pflichten unabhängig von dem Willen der Parteien. Aus den Verpflichtungen braucht dann garnicht mehr erkennbar hervorzugehen, das sie durch Vertrag entstanden sind. War aber der Vertrag ein öffentlich-rechtlicher, so sind öffentlich-rechtliche Verpflichtungen und Berechtigungen entstanden. Ihre weitere Behandlung ist somit die gleiche wie die aller subjektiv öffentlichen Rechte[28]). Auch hier im öffentlich-rechtlichen Vertrage erscheint dann die öffentliche Gewalt in Form des vollstreckenden Verwaltungsaktes (sobald nämlich die Rechte und Pflichten begründet sind). Hier hat der Vertrag, was sonst der Verwaltungsakt tut, bestimmt, was Rechtens sein soll. Für die Erfüllung und Verwirklichung der Verbindlichkeiten muß hier dasselbe gelten, wie das, was im vorigen Kapitel über die nicht durch Vertrag entstandenen Rechte und Pflichten gesagt worden ist.

Wir hatten dort eine ganz verschiedene Betrachtung anstellen müssen, je nachdem, ob die Verpflichtungen auf seiten des Untertanen oder auf seiten des Staates bestanden. Hier, wo die Verpflichtungen durch Vertrag entstehen, ist ebenso zu verfahren. Wenn die Verpflichtungen auf der Seite des Staates bestehen, so kann, wie wir festgestellt haben, von Zwangs- und Druckmitteln für die Ansprüche des Untertanen keine Rede sein.

---

[26]) so Otto Gierke a. a. O. S. 41.
[27]) vergl. hierzu Buddeberg a. a. O. S. 155.
[28]) ebenso Reusch S. 66.

D. Die durch Vertrag entstandenen Ansprüche des Untertanen gegen den Staat.

Da die Hauptaufgabe des Staates darin besteht, die von ihm gesetzte Rechtsordnung zu schützen, und dem Rechte zum Sieg zu verhelfen, kann der Staat in Fällen, wo er verpflichtet ist, also Rechte gegen ihn bestehen, nicht vertraglich Druckmittel vereinbaren, die ihn zum rechtlichen Verhalten veranlassen sollen. Auch hier ist deshalb für die Vertragsstrafe kein Raum. Alles unter 2. B) Gesagte kann auch hier, wo die Verpflichtungen des Staates durch Vertrag entstanden sind, Anwendung finden; eine Wiederholung erübrigt sich.

E. Die durch Vertrag entstandenen Ansprüche des Staates gegen den Untertan und solche zwischen Selbstverwaltungskörpern.

Es hat sich bisher also gezeigt, daß die Vertragsstrafe im öffentlichen Recht in vielen Fällen, wo sie vergleichsweise im Privatrecht ohne weiteres zur Anwendung kommen kann, keinen Raum hat. Wenn wir nun zur Prüfung der Frage übergehen, ob da, wo Verpflichtungen des Untertanen gegenüber dem Staate durch öffentlichrechtlichen Vertrag begründet worden sind, auch Vertragsstrafen vereinbart werden können, so werden wir uns die bisherigen Ergebnisse ständig gegenwärtig halten müssen.

Auch da, wo Verpflichtungen des Untertanen durch öffentlichrechtlichen Vertrag begründet werden, wird für die Frage der Zulässigkeit von Vertragsstrafen immer der Grundsatz zu beachten sein, daß Raum für vertragliche Abmachungen nur da ist, wo die Behörde nicht die Möglichkeit hat, ihre Angelegenheiten einseitig verfügend zu regeln. Die Vereinbarung der Vertragsstrafe ist auch da, wo Verpflichtungen vertraglich entstanden sind, ein selbständiger Vertrag trotz Abhängigkeit von dem Hauptanspruch.

Wir kamen zu der Feststellung, daß dann, wenn die Pflichten erst einmal bestehen (mögen sie durch Vertrag oder anders entstanden sein) der Staat und der Untertan wieder völlig im Verhältnis der Ueber- und Unterordnung stehen. Es ist denkbar, daß der Staat zwar zum Vertrage greift um Verpflichtungen des Untertanen zu begründen, daß er aber die Erfüllung dieser Verpflichtungen ebenso durch einseitige Zwangsmittel durchsetzen kann wie da, wo schon die Verpflichtungen durch einseitigen Verwaltungsakt entstanden sind.

Auch da, wo eine Angelegenheit zwar durch einseitigen Verwaltungsakt geregelt wird, die Behörde aber zur rechtswirksamen Ordnung eines Tatbestandes der Zustimmung des davon Betroffenen bedarf, ist ja der Untertan zunächst völlig frei, seine Zustimmung zu geben. Hat er sie aber einmal gegeben, und ist auf Grund der Unterwerfungserklärung ein rechtswirksamer Verwaltungsakt ergangen, dann tritt die Ueber- und Unterordnung wieder völlig in Erscheinung[1]). Zur Durch-

[1]) vergl. auch Apelt a. a. O. S. 127, 28.

setzung seiner Ansprüche stehen dann dem Staate die allgemeinen Zwangsmittel zur Verfügung. Daß dort kein Raum für die Vereinbarung von Vertragsstrafen war, ist im zweiten Teil dieses Abschnittes unter A) dargetan worden.

Besonders interessant sind für uns nun die Fälle, in denen Streit darüber herrscht, ob ein Rechtsverhältnis durch Vertrag oder durch Verwaltungsakt auf Unterwerfung zustande gekommen ist. Das bekannteste Beispiel hierfür ist die Anstellung im Staatsdienst. Auch diejenigen, die hier keinen Vertrag annehmen wollen, geben zu, daß es sich um Tatbestände handelt, die denjenigen des Vertrages ziemlich nahe kommen[2]).

Man mag nun aber auf diesem oder jenem Standpunkte stehen, soviel steht fest, daß der Staat, wenn erst einmal das Beamtenverhältnis begründet ist, eine überragende Stellung einnimmt und insbesondere eine Fülle von Machtmitteln zur Durchführung seiner Ansprüche zur Verfügung hat[3]). Hier ist es nun besonders die Möglichkeit disziplinarischer Bestrafung des Beamten, die es von vornherein als unmöglich erscheinen läßt, daß Staat und Beamter Vertragsstrafen für den Fall vereinbaren, daß der Beamte seine Pflicht dem Staate gegenüber nicht gehörig erfüllt. Die disziplinarische Strafe bezweckt, ebenso wie es hier auch die Vertragsstrafe nur tun könnte, die Stärkung und Sicherung der dem Staate dem Beamten gegenüber bestehenden Ansprüche[4]).

Der Grundsatz, daß vertragliche Regelung nur da möglich ist, wo nicht die Möglichkeit zu einseitiger Verfügung gegeben ist, muß also auch hier zur Verneinung der Zulässigkeit von Vertragsstrafen führen.

Allgemeinere Anerkennung als öffentlich-rechtlicher Vertrag hat das Verhältnis des in die Reichswehr eintretenden Untertanen und des Reiches gefunden[5]). Das Reichswehrgesetz vom 21. 3. 1921 in der Fassung des Gesetzes vom 18. 6. 1921 spricht in § 21 selbst von Vertrag und Lösung des Vertrages durch Kündigung. Die Gegenüberstellung der heutigen, vertragsmäßig übernommenen Militärpflicht und der gesetzlichen allgemeinen Wehrpflicht ist für unsere Untersuchungen besonders lehrreich. Es zeigt sich hier, daß zwar zwischen der Begründung des Militärdienstverhältnisses von heute und früher große Verschiedenheiten bestehen; in dem Rechtsverhältnis selbst aber, besonders was die übergeordnete Staatsgewalt anlangt, finden wir die weitgehendste Aufrechterhaltung der dem Staate möglichen Zwangs- und

[2]) so Otto Mayer, Fleiner, Apelt. Für unsere Frage verdiente der Standpunkt W. Jellineks, der hier den Begriff zweiseitiger Verwaltungsakt geprägt hat, keine besondere Beachtung (in Festg. f. d. Pr. OVG.).

[3]) vergl. auch Grosch, i. Jahrb. d. öff. R. Bd. 5 S. 273, der öff.-rechtl. Vertrag annimmt.

[4]) vergl. hierzu Schöne im Verw. Arch. Bd. 19 S. 224, 231, 242.

[5]) siehe Helfritz i. Arch. öff. R. Bd. 47 S. 366, ferner Rittau Reichswehrgesetz S. 73. Hier einen Verwaltungsakt auf Unterwerfung oder einen zweiseitigen Verwaltungsakt anzunehmen, geht schon deshalb nicht an, weil das Gesetz von Vertrag spricht.

Strafmittel. Der Staat hat heut so wie früher die Möglichkeit mit strengen Disziplinarstrafen gegen den Soldaten vorzugehen, der seine Pflichten nicht oder nicht gehörig erfüllt. Das Militärstrafgesetzbuch bedroht schließlich den Soldaten, der seine Pflichten verletzt, mit strengen kriminellen Strafen. Die Strafe soll den Soldaten schon vor Begehung von Straftaten und nach der Begehung von weiteren Fehltritten (die ja auch in Nichterfüllung von Pflichten bestehen können) abhalten. Es liegt auf der Hand, daß hier, trotzdem die Pflichten des Untertanen als Soldat durch Vertrag begründet werden, Raum für Vertragsstrafen nicht vorhanden sein kann. Es wäre ein Unding, anzunehmen, daß das Reich mit dem in die Reichswehr eintretenden Soldaten vereinbaren könnte, daß er im Falle der nicht oder nicht gehörigen Erfüllung seiner Pflichten an den Staat eine Vertragsstrafe zu zahlen habe. Die öffentlich-rechtlichen Verträge erfassen eben vielmehr als die privatrechtlichen die Person des Verpflichteten. Treue und Verläßlichkeit sind selbstverständliche Pflichten, die nicht durch vertraglich vereinbarte Druckmittel besonders befestigt zu werden brauchen[6]). Das OVG. hat einmal ausgesprochen[7]), daß die öffentlich-rechtliche Dienstpflicht eine gesteigerte Pflichterfüllung verlangt, die über die privatrechtlichen Pflichten zur Erfüllung bestimmter Dienstleistungen hinausgeht. Wie einerseits strengste Erfüllung öffentlich-rechtlicher Pflichten wegen ihrer Selbstverständlichkeit nicht mit vertraglich vereinbarten Druckmitteln von Fall zu Fall besonders befestigt zu werden braucht, hat andererseits der Staat kraft seiner überragenden Verbandsgewalt die Möglichkeit, von sich aus einseitig Druckmittel zur Erfüllung dieser Pflichten in Bewegung zu setzen, wenn der einzelne Verpflichtete seine Gehorsamspflicht verletzt und damit zugleich den Bestand der Verbandsperson gefährdet[8]). Es liegt also hier ein Bedürfnis zur Sicherung der Ansprüche des Staates in Form von vertraglichen Druckmitteln nicht vor. Deshalb können auch hier Vertragsstrafen nicht vereinbart werden.

Die Beantwortung der Frage, ob die Möglichkeit besteht, durch Vertrag entstandenen Ansprüchen des Staates gegen den Untertan mit Hilfe von Vertragsstrafen besonderen Nachdruck zu verleihen, hängt also auch hier davon ab, ob der Staat auch ohne Vereinbarung die Möglichkeit hat durch einseitig hoheitliche Gewalt Druck- und Zwangsmittel in Bewegung zu setzen.

Beim Vertrag zwischen Reich und Soldat handelte es sich um einen Vertrag, durch den eine Befehlsgewalt des Staates begründet wurde. Solche Verträge, durch die öffentlich-rechtliche Ansprüche begründet, beschränkt oder aufgehoben werden, sind nicht selten[9]). Häufig wird es so sein, daß der Staat zwar die Möglichkeit hat, sich Leistungen einseitig verfügend zu verschaffen aber aus Zweckmäßigkeitsgründen zur Er-

[6]) vergl. Buddeberg a. a. O. S. 157.
[7]) im Bd. 48 S. 59.
[8]) s. auch Buddeberg a. a. O. S. 160/1.
[9]) Eine Aufzählung findet sich bei Friedrichs a. a. O. S. 83.

reichung derselben Ziele auch zum Vertrage greifen kann[10]). So gestattet das Kommunalabgabengesetz vom 14. Juli 1893, dem andere Steuergesetze gefolgt sind[11]), Vereinbarungen mit dem Steuerpflichtigen, wonach der Jahresbetrag der zu entrichtenden Steuern für mehrere Jahre im voraus fest bestimmt wird. Diese Vereinbarungen sind öffentlich-rechtliche Verträge[12]). Durch sie wird aber im Grunde genommen lediglich die Höhe der Steuersumme bestimmt. Im übrigen bleibt alles, als wäre die Verpflichtung durch einseitigen Verwaltungsakt entstanden. In der letzteren Form kann ja auch hier immer eine Regelung dann erfolgen, wenn die Beteiligten eine Ordnung durch eigene Willenserklärungen nicht beabsichtigen oder wenn aus sonstigen Gründen eine solche nicht zustande kommt. Mag nun aber die Regelung durch Vertrag oder einseitigen Verwaltungsakt erfolgt sein, die im Gesetz vorgesehenen Straf- und Zwangsmittel kommen im Falle der Nicht- oder nicht gehörigen Erfüllung von seiten des verpflichteten Untertanen gleichmäßig zur Anwendung[13]). Der Staat hat also die Möglichkeit durch einseitige Verfügung Zwangsmittel gegen den Verpflichteten anzuwenden, so daß aus dem allgemeinen, schon oft erwähnten Gesichtspunkt für Vertragsstrafen kein Raum ist.

Wir sehen also, daß in den soeben untersuchten, wohl wichtigsten Fällen, in denen Ansprüche des Staates gegen den Untertan durch öffentlich-rechtlichen Vertrag entstehen, für Vertragsstrafen kein Raum ist. Es ist im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich, sämtliche im öffentlichen Recht vorkommenden Verträge einzeln daraufhin zu prüfen, ob den daraus entspringenden Ansprüchen des Staates Vertragsstrafen hinzugefügt werden können. Aus den Untersuchungen einiger besonders wichtiger Fälle werden sich allgemeine Schlüsse für die endgültige Beantwortung der uns beschäftigenden Frage ziehen lassen.

Noch ein in der Literatur viel besprochener öffentlich-rechtlicher Vertrag möge herangezogen werden, der sogenannte Zustimmungsvertrag nach §§ 6, 46 des Kleinbahngesetzes vom 28. Juli 1892[14]). Hier gibt der Wegeunterhaltungspflichtige gegen Entgelt seine Zustimmung zum Betriebe einer Kleinbahn. Er schließt kraft öffentlichen Rechts am Wege den Vertrag mit dem Unternehmer. Das Gesetz sieht noch verschiedene Verpflichtungen vor, die letzterer vertraglich übernehmen kann. Nun ist aber der Zustimmungsvertrag nur die Voraussetzung für die Genehmigung des Betriebes durch die staatlichen Behörden[15]). Diese

[10]) Ebenso Apelt S. 163.

[11]) z. B. Sächsisches Gemeindest. Ges. v. 11. 7. 1913 § 62. Anhaltisches Kreisabgabenges. v. 15. 4. 1911 § 6 Abs. 4. Gewerbesteuerverordnung v. 23. 11. 1923.

[12]) siehe Apelt a. a. O. S. 163; Friedrichs a. a. O. S. 83.

[13]) z. B. Komm. Abg. Ges. § 82; Anh. Krs. Abg. O. § 14.

[14]) Von Apelt behandelt a. a. O. S. 145, 146. Friedrichs a. a. O. S. 83. Fleischmann bei Gruchot Bd. 61 S. 713, mit Literatur und ausführlicher Begründung dafür, daß es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag handelt. S. 721 ff.

[15]) Die Zuständigkeit ist geregelt in § 3 des Kleinbahngesetzes.

Genehmigung ist aber wieder ein einseitig hoheitlicher Verwaltungsakt. Die übergeordnete Staatsgewalt kommt aber auch für die durch den Vertrag übernommenen Verpflichtungen des Unternehmers wieder deutlich zum Ausdruck in § 22 des Gesetzes. § 22 sieht nämlich eine fortlaufende behördliche Aufsicht rücksichtlich der Erfüllung der Genehmigungsbedingungen und der Vorschriften des Gesetzes vor. Hier zeigt sich wieder der Unterschied zwischen öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Vertrage mit aller Deutlichkeit. Der öffentlich-rechtliche Vertrag wird eben im Interesse der übergeordneten Staatsgewalt geschlossen. Die übergeordnete Staatsgewalt hat deshalb immer ein Interesse an der Erfüllung der Verpflichtungen, mögen diese auch nicht dem Staate selbst gegenüber übernommen sein. Mit Hilfe des Aufsichtsrechtes kann nun der Staat seine Interessen wirksam wahren. Das Aufsichtsrecht über die Kleinbahnen entspricht wohl dem Aufsichtsrecht des Staates gegenüber den Selbstverwaltungskörpern. Auf diese allgemeine Aufsichtsbefugnis des Staates gegenüber den ihm eingegliederten Kommunalverbänden werden wir nun sofort einzugehen haben.

Die allgemeinste Anerkennung hat der öffentlich-rechtliche Vertrag, wie wir wissen, da gefunden, wo er zwischen zwei Selbstverwaltungskörpern geschlossen wird[16]). Für die Erfüllung der hier durch öffentlich-rechtlichen Vertrag übernommenen Verpflichtungen sorgt der Staat. Die erforderlichen Mittel dazu gibt ihm sein Aufsichtsrecht über die Selbstverwaltungskörper[17]). Es würde zu weit führen, hier das Aufsichtsrecht und die Ausgestaltung der dem Staate hierbei zur Verfügung stehenden Mittel eingehend zu besprechen. Der Staat hat jedenfalls kraft seines Aufsichtsrechts die Möglichkeit, die Selbstverwaltungskörper zur Erfüllung ihrer Pflichten nötigenfalls mit Zwangsmitteln anzuhalten. Das bedeutet noch keine Beschränkung der Selbstverwaltung; denn die staatliche Aufsicht läßt die Willensbildung grundsätzlich den Gemeindeorganen[18]). Der Staat kann also auf dem Gebiete der Selbstverwaltung nicht willkürlich Verpflichtungen begründen. Insoweit handeln die Selbstverwaltungskörper frei und selbständig. Sind aber erst einmal Verpflichtungen der Selbstverwaltungskörper entstanden (gleichgültig ob durch selbstgeschaffenen Rechtssatz oder durch öffentlich-rechtlichen Vertrag), dann sorgt der Staat, gegebenenfalls unter Anwendung von Zwang, für ihre Erfüllung[19]). Diese Zwangsmittel des Aufsichtsrechts sind ein Ausfluß der Herrschaft des höheren Gemeinwesens über das ihm eingegliederte engere Gemeinwesen[20]). Der Sinn des Aufsichtsrechts kann aber hier nur der sein, daß da, wo öffentliche Aufgaben nicht durch den Staat, sondern durch andere öffentlich-rechtliche

---

[16]) Hier erkennt ihn auch Otto Mayer. vergl. Verw. R. Bd. 2 S. 238, 383.

[17]) s. auch Apelt S. 51/52.

[18]) ebenso Helfritz Kom. R. S. 65 ff.

[19]) besonders deutlich zeigen sich diese Zwangsmittel in der Möglichkeit des disziplinarischen Zwanges durch den Staat gegen Beamte und Vertreter. Siehe Brauchitsch a. a. O. S. 277; Helfritz Komm. R. S. 66, 67.

[20]) vergl. Preuß. a. a. O. S. 318.

Verbandspersonen durchgeführt werden, dieselben Garantien für ihre Erfüllung gegeben werden, wie da, wo der Staat selbst Aufgaben hat[21]).

An sich sind die einzelnen Selbstverwaltungskörper ebenso wie der Staat, Verbandspersönlichkeiten und haben insoweit auch Verbandsgewalt. Das was wir weiter oben darüber gesagt haben, daß der Staat nicht gegen sich selbst mit Zwang vorgehen kann, gilt auch für alle anderen öffentlich-rechtlichen Verbandspersönlichkeiten. Während aber der Staat keine Verbandsperson mit höherer und stärkerer Verbandsgewalt über sich hat, steht über den Selbstverwaltungskörpern die Verbandsperson „Staat", deren Verbandsgewalt allen anderen überlegen ist. Schließt nun ein Kommunalverband mit einem anderen einen öffentlich-rechtlichen Vertrag, durch den er dem anderen zu Leistungen verpflichtet wird, dann liegt der Fall nicht so, wie wenn der Staat dem Untertanen zu Leistungen verpflichtet ist. Hier, beim Vertrag zwischen Staat und Untertan ist im öffentlichen Recht nur e i n Interessenkreis vorhanden; dort wo zwei Kommunalverbände Verträge abschließen, sind im Grunde genommen deren zwei vorhanden. Und doch liegt es auch hier anders, als bei privatrechtlichen Verträgen. Denn auch die zwischen zwei Selbstverwaltungskörpern geschlossenen Verträge begründen Rechte und Pflichten im Interesse der übergeordneten Staatsgewalt; daher auch das Interesse des Staates an der Erfüllung und sein Aufsichtsrecht mit dem Recht zur Erzwingung der Erfüllung. Denn, wieder anders als im Privatrecht, wird der Staat hier nicht nur tätig auf Klage hin, sondern er kann und muß auch von sich aus ohne Anregung einer der beteiligten Verbandspersonen einschreiten, wenn ein Selbstverwaltungskörper die Erfüllung seiner Aufgaben vernachlässigt[22]). Deshalb ist die staatliche Aufsicht und ihre Zwangsmittel auch nicht ohne weiteres der Zwangsvollstreckung des Zivilrechts gleichzusetzen.

Da nun der Staat kraft seines Aufsichtsrechtes für die Erfüllung der Verpflichtungen der Selbstverwaltungskörper sorgt und gegebenenfalls Zwang und Strafe zur Anwendung bringt, muß auch hier die Zulässigkeit von Vertragsstrafen verneint werden, da eine Notwendigkeit für sie nicht besteht. Der Staat sorgt hier für die Erfüllung von sich aus auf jeden Fall, soweit überhaupt eine Erfüllung möglich ist. Eine Vertragsstrafe könnte dem berechtigten Selbstverwaltungskörper auch kein stärkeres Druckmittel in die Hand geben, da für die Leistung der Vertragsstrafe auch wieder der Staat zu sorgen hätte.

Es zeigt sich also, daß hier, wo die vertraglichen Verpflichtungen und Berechtigungen zwischen zwei Selbstverwaltungskörpern bestehen, in gewissem Sinne die Vereinbarung von Vertragsstrafen sowohl aus den Gründen verneint werden muß, die zu ihrer Ablehnung bei Ver-

[21]) Preuß sagt hierzu: Das wesentliche Interesse des Staates an der Erfüllung der kommunalen Lebensaufgaben geht zurück auf den sehr wahren Satz, daß für die Gesundheit des organischen Ganzen die Gesundheit seiner organischen Teile wesentlich ist.

[22]) vergl. Otto Mayer. Verw. R. Bd. 2 S. 293, 94, Helfritz Kommunalrecht S. 66; Apelt a. a. O. S. 52; Fleiner Institut. S. 116 f —.

pflichtungen des Untertanen gegenüber dem Staat führten, wie auch aus denen, die eine Vertragsstrafe bei Verpflichtungen des Staates als unmöglich erscheinen ließen[32]).

V. Zusammenfassung und Schluß.

Das Ergebnis der Arbeit kann in folgenden Sätzen kurz zusammengefaßt werden.

Im öffentlichen Recht ist für Vertragsstrafen kein Raum. Dies folgt aus dem Grundsatz, daß das öffentliche Recht durch die Ueberordnung des Staates bestimmt wird. Das gilt auch für die Fälle, wo Verpflichtungen durch öffentlich-rechtlichen Vertrag entstehen. Staat und Untertanen stehen auch hier einander im Verhältnis der Ueber- und Unterordnung gegenüber. Der Vertrag begründet Verpflichtungen; ein Rechtsverhältnis ist er nicht. Er hat nur die Bedeutung, daß die in ihm abgegebenen Willenserklärungen in gleicher Weise die Entstehung der Rechte und Pflichten bedingen. Bestehen die Verpflichtungen, dann liegt es genau so, wie da, wo die Verpflichtungen durch Gesetz unmittelbar oder durch einseitige Verfügung entstanden sind.

Die Vertragsstrafe soll dem Berechtigten ein Druckmittel gegen den Verpflichteten in die Hand geben, für den Verpflichteten aber ein psychischer Zwang sein, seine Verpflichtungen zu erfüllen. Der Staat hat aber überall genügend Druck- und Zwangsmittel zur Verfügung, um seine Ansprüche durchzusetzen. Ist der Staat selbst verpflichtet, dann hat eine Vertragsstrafe deshalb keinen Sinn, weil der Staat nicht sich selbst zwingen oder strafen kann.

---

[32]) In dem Falle des Zustimmungsvertrages nach dem Kleinbahngesetz kommt für die Ablehnung der Vertragsstrafen nur der erste Gesichtspunkt in Frage, da ja hier kein Selbstverwaltungskörper verpflichtet ist.

Das in diesem Abschnitt Gesagte gilt schließlich auch für das Beispiel der Eingemeindungsverträge. Diese bringen zwar den Willen der beteiligten Gemeinden zum Ausdruck, daß sie vereinigt sind und wie sie ihre Rechte und Verpflichtungen gegeneinander abgrenzen wollen. Für die Erfüllung der Verpflichtungen sorgt wieder der Staat; hier ist besonders zu berücksichtigen, daß die Rechtswirkungen, niemals der Vertrag, sondern erst der staatshoheitliche Akt, der die Eingemeindungen endgültig macht, hervorbringt. Vergl. hierzu Helfritz Komm. R. S. 30!

Literaturverzeichnis.

Apelt: Der verwaltungsrechtliche Vertrag. 1920.
Becker: Die Reichsabgabenordnung. 1924. überholt.
v. Bitter: Handwörterbuch der preußischen Verwaltung. 3. Aufl. 1928.
Brauchtisch: Die preußischen Verwaltungsgesetze. Bd. 1 24. Aufl. 1930.
Buddeberg: In Arch. f. öff. R. 1925. S. 85 ff.
Bühler: Die subjektiv-öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungrechtsprechung. 1914.
— In der Festgabe f. Fleiner. 1927. S. 26.
Buch: In Arch. f. öff. R. Bd. 31, S. 326 ff.
Burkhardt: In der Festgabe für das Schweizerische Bundesgericht. S. 1 ff.
Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1920.
Endemann: Einführung in das BGB. 1898.
Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. 8. Aufl. 1928.
— Einzelrecht und öffentliches Interesse in den Abhandlungen f. Laband. 1908. Bd. 2 S. 1 ff.
Fleischmann: In Gruchots Beiträgen. Bd. 61 S. 700.
Friedrichs: Der allgemeine Teil des Rechts. 1927. (Zit. a. a. O.)
— In Arch. f. Bürgerl. R. Bd. 42 S. 28 ff.
Gierke: Das deutsche Genossenschaftsrecht. Bd. 2. 1873.
Grosch: In Jahrb. des öff. R. Bd. 5 S. 267.
Hatschek: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts. 4. Aufl. 1919.
Hartmann: In Verw. Arch. Bd. 25. S. 389 ff.
Heck: Grundriß des Schuldrechts. 1926.
Helfritz: Allgemeines Staatsrecht. 1928. (Staatsr.)
— Die Vertretung der Städte und Landgemeinden nach außen in dem Gemeinderecht der östlichen Provinzen Preußens. (Vertretung usw.)
— Grundriß des preußischen Kommunalrechts. 1927. (Kommunalrecht.)
— In Arch. f. öff. R. Bd. 47 S. 365 ff.
— Im Jahrb. d. öff. R. Bd. 14 S. 232. 1926.
Herrnritt: Grundlehren des Verwaltungsrechts. 1921.
Jaschkowitz: In Arch. f. öff. R. 1929. S. 321 ff.
G. Jellinek: System der subjektiv-öff. R. 2. Aufl. 1905.
W. Jellinek: Verwaltungsrecht: in der Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften. 1928. (Verw. R.).
— Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. 1913. (Ges. Ges. anw.).
— In der Festgabe für das Preußische OVG. 1925. S. 84 ff.
Kelsen: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. 1911.
— In Arch. f. öff. R. Bd. 31. S. 225 ff.
— In der Zeitschrift f. öff. R. Bd. 1 S. 165 ff.
Kormann: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. 1910.
Krukenberg: Die Konkurrenz von Verwaltungszwang und Strafverfolgung. Marburg 1914.
Laband: Das Staatsrecht des deutschen Reiches. 5. Aufl. 1911.
Layer: Zur Lehre v. öff.-rechtl. Vertrag. 1916.

Lemor: Subjektiv-öff. R. und Reflexwirkungen objektiven Rechts im deutschen und Preußischen Recht. Bresl. Diss. 1928.
Loewenwarther: Lehrkommentar zum BGB. 1929.
O. Mayer: Lehrbuch des deutschen Verw. R. 3. Aufl. 1924.
— In Arch. f. öff. Recht. Bd. 3 S. 1 ff.
Meier-Brannecke: In Arch. f. öff. R. 1926 S. 320 ff.
Peters: Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen. 1926.
Planck: Kommentar zum BGB.
Preuß: Das städtische Amtsrecht in Preußen. 1902.
Reusch: Der Vertrag im Verw. R. Frankf. Diss. 1929.
Richter: In Arch. f. öff. R. Bd. 47 S. 1 ff.
Rittau: Das Reichswehrgesetz. 2. Aufl. 1926.
— Militärstrafgesetzbuch. 1926.
Schelcher: Justiz und Verwaltung. Im Ergänzungsheft zu Fischers Zeitschr. Bd. 50.
Seidel: Zur Lehre vom öff.-rechtl. Vertrag. Bresl. Diss. 1927/28.
Stier-Somlo: Die Einwirkungen des Bürgerl. R. auf das preuß.-deutsche Verw. R. 1900.
Tezner: Im Arch. f. öff. R. Bd. 9 S. 331 ff.
Arch. f. öffentliches Recht.
Archiv für Bürgerliches Recht.
Verwaltungsarchiv.
Zeitschrift für öffentliches Recht.
Jahrbuch des öffentlichen Rechts.
Deutsche Juristenzeitung.
Juristische Wochenschrift.
Fischers Zeitschrift für Gesetzgebung und Verwaltung.
Preußisches Verwaltungsblatt.
Hirths Annalen des deutschen Rechts.
Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Grotenend: Gesetzgebungsmaterial.
Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts (Pr. OVG.).
Entscheidungen des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts. (S. OVG.).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (RGZ.).

Lebenslauf.

Am 5. November 1904 wurde ich als Sohn des Oberschichtmeisters Waldemar Holz und seiner Ehefrau Sophie geb. Ansorge in Birkenhain bei Beuthen O.-S. geboren. Ich bin evangelischen Bekenntnisses und besitze die preußische Staatsangehörigkeit, die ich durch Option wiedererlangt habe, nachdem ich sie infolge der Abtretung Ostoberschlesiens an Polen verloren hatte.

Im Jahre 1923 bestand ich am humanistischen Gymnasium zu Kattowitz die Reifeprüfung. Ich war dann ein Jahr im Bankfach tätig. Im Wintersemester 1924/25 begann ich mein Studium in Freiburg i/B. und studierte dann noch in München, Kiel und schließlich in Breslau, wo ich am 11. Juli 1929 mein erstes juristisches Staatsexamen bestand. Seit dem 20. August 1929 befinde ich mich als Referendar im Vorbereitungsdienst.

Das mündliche Doktorexamen legte ich am 30. Juli 1929 ab.

Waldemar Holz.